



Centro Universitário de Brasília

Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Políticas Públicas

RAQUEL MOUSINHO DE MOURA FÉ

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E FUNDO DE PARTICIPAÇÃO
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL:** um estudo a partir do
processo e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243

Brasília – DF
2014

RAQUEL MOUSINHO DE MOURA FÉ

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E FUNDO DE PARTICIPAÇÃO
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL:** um estudo a partir do
processo e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado, área Direito e Políticas Públicas,
do Centro Universitário de Brasília, sob a
orientação do Prof. Dr. Luís Carlos Martins
Alves Jr., como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito.

Brasília – DF
2014

RAQUEL MOUSINHO DE MOURA FÉ

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E FUNDO DE PARTICIPAÇÃO
DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL:** um estudo a partir do
processo e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado, área Direito e Políticas Públicas,
do Centro Universitário de Brasília, sob a
orientação do Prof. Dr. Luís Carlos Martins
Alves Jr., como requisito parcial à obtenção
do título de Mestre em Direito.

Brasília/DF, Julho de 2014.

Banca Examinadora:

Prof Dr. LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.
Orientador

Prof Dr. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Examinador Interno

Profa Dra. JÚLIA MAURMANN XIMENES
Examinadora Externa

Aos meus amados, tão queridos, indispensáveis companheiros de sempre,
meu Alexandre e minhas Rebeca e Débora.

AGRADECIMENTOS

Devo a muitos por ter chegado até aqui.

Aos meus pais, João Moura Fé e Fátima Mousinho, pelo estímulo de sempre e encorajamento no sentido de que eu “moureje” e me supere continuamente. Tanto eles quanto os meus sogros se desdobraram para servir a nossa família com doçura e nos aliviar a carga. Agradeço a vocês e por vocês!

À minha irmã, Priscila, que é minha melhor amiga e uma das pessoas que mais colaborou para que essa etapa fosse vencida, se prontificando a dividir comigo algumas das “dores” que sofre quem quer levar a cabo trabalho honesto de pesquisa e conciliá-lo com outras tantas responsabilidades de mulher-mãe.

Aos vários amigos, compreensivos e ajudadores, que entenderam os momentos de aflição, me ofereceram palavras de ânimo e conforto e esperam a vitória final para se alegrar completamente comigo.

Especialmente à amiga Natália Ciscotto, amiga que conheci nos bancos do Programa de Mestrado e que pretendo manter por toda a vida, pelos seus valiosos conselhos e ajuda sem igual.

Destaco também meu agradecimento aos amigos Érica Moreira e Ricardo de Abreu Machado, que me auxiliaram demais também me oferecendo acesso a livros e artigos que estavam disponíveis apenas na Rede RVBI, a qual eles têm acesso. Sem a ajuda deles, algumas das fontes aqui citadas, eu provavelmente não teria como tê-las conhecido.

Ao meu orientador acadêmico, professor Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr, que é um crítico atencioso e, com sua inteligência marcante, enxergou sempre antes e muito além de mim.

Às filhas, Rebeca e Débora, que imprimiram leveza à vida, apesar da pesada responsabilidade de funcionar como pesquisadora do Direito em instituição renomada quanto o é o Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Ao parceiro sonhador, amigo paciente, torcedor incondicional, Alexandre, a quem eu amo sempre, a você meu carinhoso “obrigada” por ser tão zeloso marido e me auxiliar inclusive nesta caminhada. Você foi indispensável!

Ao Deus da minha vida. Ele sabe muito bem o quanto eu O louvo por mais este feito! “O Senhor é bom, é fortaleza no dia da angústia e conhece aqueles que em Ti confiam”! (Naum 1,7). Esquadrinha o meu coração e não se engana sobre o quanto eu O amo e o quanto sou agradecida. Que tudo isso seja para a glória dEle!

RESUMO

Este trabalho tem por objeto os limites do poder normativo do Supremo Tribunal Federal – STF, no que tange ao federalismo fiscal-financeiro incorporado à Constituição de 1988. Investiga-se em que medida o julgamento conjunto das ADIs ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, pertinente ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, levado a cabo pelo STF em 24.2.2010, guarda conformidade com a Constituição Federal, mormente quanto ao conteúdo da Separação de Poderes e do princípio federativo tal qual assimilados pela ordem constitucional vigente. Para tanto, partindo-se da análise dos argumentos jurídicos e fundamentos normativos suscitados pelas “partes” dos processos e pelos ministros julgadores, averigua-se qual a feição da Separação de Poderes internalizada no Brasil com a Constituição de 1988 e quais os limites impostos aos juízes com respeito à sua atividade interpretativa. Em seguida, inventariam-se os julgados daquele Tribunal atinentes a Federalismo, desde 5.10.1988 até a data do julgamento das ADIs sob exame (24.2.2010), com vistas a conhecer os conceitos desenvolvidos pela Corte para os termos “federalismo”, “federação” e “princípio federativo”. Por último, perquire-se quanto ao papel do FPE no federalismo fiscal-financeiro brasileiro e as especificidades deste Fundo Constitucional sem o qual vários entes da Federação não têm condições de cumprir os encargos que a própria Constituição lhes obriga atender. Assim, contrasta as lições da hermenêutica constitucional, o conteúdo político-constitucional do princípio federativo pátrio e a própria prática jurisprudencial do STF com a conclusão do julgamento operado pela Corte, o qual estabeleceu prazo de sobrevida à lei complementar legitimadora dos rateios dos recursos do FPE. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, ao criar a possibilidade de, no caso de o Congresso Nacional não aprovar nova lei complementar disciplinadora de critérios objetivos de meaço dos recursos constitucionais até 31.12.2012, os Estados-partes da Federação não receberem na forma da Constituição Federal de 1988 sua parte dos valores do Fundo, deixou de considerar o princípio federativo no julgado das referidas ADIs. A decisão também é criticável tendo em vista que o STF, ao invés de guardar a Constituição Federal, não agiu em sua defesa nem da defesa da autonomia dos Estados-partes da Federação brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Federalismo; Separação dos Poderes; Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The object of this thesis is the limits of the legislative power of the Supreme Court - STF, with respect to the fiscal-financial federalism incorporated in the Constitution enacted in 1988. It is investigated to what extent the trial of ADIs ns 875, 1,987, 2,727 and 3,243, the relevant Fund of the States and the Federal District - FPE, carried out by the Supreme Court on 24.2.2010, guard accordance with the Federal Constitution, particularly with respect to the contents of the Separation of Powers and the federal principle as it assimilated into the existing constitutional order. To do so, starting with the thorough analysis of the legal arguments and normative foundations raised by "parts" of the processes and the judges, ministers ascertains which is the feature of the Separation of Powers internalized in Brazil with the present Constitution and which limits to judges regarding their interpretive activity. Then, invent himself judged that the Court pertaining to Federalism from 10.05.1988 till date of judgment of ADIs under examination (24.2.2010) in order to understand the concepts developed by the Court to the terms "federalism", "federation" and "federative principle". Finally, if perquire the role of the FPE in the Brazilian financial-fiscal federalism and the specifics of this Constitutional Fund without which several members of the Federation are unable to fulfill the tasks that the Constitution requires them to meet. Thus, contrasts the lessons of constitutional interpretation, the political-constitutional content of paternal federal principle and the judicial practice of the Supreme Court itself with the conclusion of the trial operated by the Court, which established term survival supplementary law legitimizing the apportionment of resources FPE. We conclude that the Supreme Court, creating the possibility, if the Congress does not adopt new disciplinary complementary law of objective criteria sharecropping constitutional resources to 31.12.2012, the States of the Federation did not receive as the Federal Constitution of 1988 their share of the assets of the Fund, failed to consider the federal principle in the trial of those ADIs. The decision is also objectionable in view of the Supreme Court, instead of saving the Constitution, did not act in his defense or the defense of the autonomy of the States of Brazil.

Keywords: Constitutional Law; Federalism; Separation of Powers; Fund of the States and the Federal District - FPE; Brazilian Supreme Court.

Marco Polo descreve uma ponte, pedra por pedra.
- 'Mas qual é a pedra que sustenta a ponte?' – pergunta Kublai Khan
- 'A ponte não é sustentada por esta ou aquela pedra' – responde Marco – 'mas pela curva do arco que estas formam'.
Kublai Khan permanece em silêncio refletindo. Depois acrescenta:
- 'Por que falar das pedras? Só o arco me interessa'.
Polo responde:
- 'Sem as pedras, o arco não existe'."
(Ítalo Calvino. As cidades invisíveis, p. 79)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, p. 13

1 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, p. 81

1.1 Postulações e argumentos das “partes”, p. 81

1.2 Decisões e manifestações dos julgadores, p. 87

1.3 Consequências normativas e políticas da decisão do STF, p. 97

1.4 Considerações parciais, p. 100

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER NORMATIVO, p. 101

2.1 Hermenêutica jurídica e aplicação judicial, p. 101

2.1.1 Como os magistrados decidem: Hans Kelsen, Alf Ross e Eros Grau, p. 101

2.1.1.1 *Hans Kelsen*, p. 101

2.1.1.2 *Alf Ross*, p. 105

2.1.1.3 *Eros Grau*, p. 110

2.1.2 Como os magistrados deveriam decidir: Friedrich Karl Von Savigny, Chaïm Perelman e Inocêncio Mártires Coelho, p. 117

2.1.2.1 *Friedrich Karl Von Savigny*, p. 117

2.1.2.2 *Chaïm Perelman*, p. 121

2.1.2.3 *Inocêncio Mártires Coelho*, p. 126

2.2 O Judiciário e a Separação de Poderes, p. 133

2.3 A omissão normativa inconstitucional, p. 152

2.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, p. 153

2.3.2 Mandado de injunção, p. 157

2.4 Considerações parciais, p. 164

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O FEDERALISMO E O FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL, p. 167

3.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do Federalismo, p. 167

3.2 O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, p. 191

3.3 Considerações parciais, p. 201

CONSIDERAÇÕES FINAIS, p. 204

ANEXOS, p. 207

REFERÊNCIAS, p. 208

Acadêmicas, p. 208

Judiciais e Processuais, p. 215

Normativas, p. 221

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia-Geral da União
CONFAZ – Conselho de Secretários da Fazenda dos Estados e DF
CF – Constituição da República Federativa do Brasil (a não ser que dito em contrário, refere-se à Carta de 1988)
CN – Congresso Nacional
CONJUR – Consultoria Jurídica (órgão de execução da AGU nos Ministérios)
CONJUR/MJ – Consultoria Jurídica / Ministério da Justiça
CONJUR/MPOG – Consultoria Jurídica / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
CTN – Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)
DF – Distrito Federal
FCD – Fundos Constitucionais de Desenvolvimento
FCO – Fundo Constitucional do Centro-Oeste (espécie de FCD)
FGV – Fundação Getúlio Vargas
FNE – Fundo Constitucional do Nordeste (espécie de FCD)
FNO – Fundo Constitucional do Norte (espécie de FCD)
FPE – Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal
FPM – Fundo de Participação dos Municípios
FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
GO – (Estado do) Goiás
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
IR – Imposto sobre Renda e proventos de qualquer natureza
LC – Lei Complementar
MI – Mandado de Injunção
MJ – Ministério da Justiça
MT – (Estado do) Mato Grosso
MS – (Estado do) Mato Grosso do Sul

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGR – Procuradoria-Geral da República
PLC – Projeto de Lei na Câmara dos Deputados
PLS – Projeto de Lei no Senado
PR – (Estado do) Paraná
RE – Recurso Extraordinário
RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RISF – Regimento Interno do Senado Federal
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RS – (Estado do) Rio Grande do Sul
SC – (Estado de) Santa Catarina
STF – Supremo Tribunal Federal
TCU – Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto os limites do poder normativo do Supremo Tribunal Federal – STF no que tange ao federalismo fiscal-financeiro incorporado à Constituição de 1988, a partir da análise do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, todas atinentes ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE¹.

A relevância do tema advém de dois principais motivos imbricados entre si. A um, o próprio fato de que muitos Estados têm no Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE sua principal fonte de receita²; a dois, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter previsto o não repasse dos recursos do FPE aos entes federativos subnacionais no caso de inércia da União em publicar nova lei complementar, em substituição à Lei Complementar n. 62/89.

Objetiva-se investigar como foi exercitado o poder normativo – do Supremo Tribunal Federal no julgamento acima referido, mormente porque, na hipótese se declarou a mora do Legislativo –, contrastando-o com o conteúdo político-constitucional do princípio federativo, para responder sobre o grau de conformidade do julgamento acima referido com a Separação de Poderes e com a dogmática federativa, conforme albergados pela Constituição de 1988.

¹ O precedente judicial foi selecionado com base em dois critérios: atualidade e relevância. No que atual, absorverá a discussão travada naquele Tribunal a partir de 2007, da qual decorre que a jurisprudência do STF tem sido sistematicamente alterada no que tange ao controle da mora legislativa. No mais, devia ser um *hard case* articulador dos dois núcleos principais da pesquisa: Federalismo Fiscal-Financeiro – de que o FPE é consectário – e poder normativo do STF em caso de omissão inconstitucional.

² Em 2013, o valor total transferido a título de FPE pela União aos Estados e Distrito Federal totalizou R\$ 48.190.900.612,27, segundo o que consta no portal da transparência do governo federal (Disponível em <http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaTRProgramaPesquisaAcao.asp?Exercicio=2013&textoPesquisaPrograma=&codigoPrograma=0903&nomePrograma=Opera%E7%F5es%20Especiais:%20Transfer%Eancias%20Constitucionais%20e%20as%20Decorrentes%20de%20Legisla%E7%E3o%20Espec%EDfica>. Acesso em 17.1.2014). Entre 1990-2008, mais de R\$ 547,4 bilhões, em valores de 2008, foram destinados, por meio do FPE, aos Estados-membros da Federação (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 20).

Por isso, pergunta-se: em que medida a decisão do STF tomada no julgamento do caso do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE guarda coerência material com o princípio federativo e com o princípio da Separação de Poderes insertos na Constituição Federal?³

A hipótese⁴ de pesquisa faz intuir que o *decisum* não está conforme a Constituição Federal, na medida em que o STF não julgou de acordo com os limites impostos pela hermenêutica jurídica, extrapolando sua função institucional⁵, além de não ter preservado o princípio federativo. Isso porque, para suprir omissão legislativa, estipulou “prazo de sobrevida” à lei complementar que julgava inconstitucional – lei esta garantidora de recursos aos Estados-partes da Federação e que, portanto, guarda íntima relação com sua autonomia federativa.

Com o fito de averiguar a verossimilhança da hipótese, a partir de pesquisa dogmático-instrumental, tratar-se-á de aprofundar o conhecimento das seguintes categorias teóricas, portanto: o atual federalismo fiscal-financeiro brasileiro e o poder normativo do STF.

Por desdobramento⁶, o primeiro capítulo se destina ao estudo do caso já delimitado, de forma a desvendar como o STF se portou ante às quatro ações diretas, todas elas ajuizadas por governadores de Estado das regiões Sul e Centro-Oeste do Brasil, para questionar a constitucionalidade de lei complementar federal⁷ sobre repartição de recursos do FPE⁸.

³ “O processo de elaboração do conhecimento científico advém da dúvida” (XIMENES, Júlia Maurmann. O Processo de Produção Científico-Jurídica: o problema é o problema. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília-Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008).

⁴ Ideia intuída “no estágio pré-teorético” (STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do Direito?** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415. Acesso em 19/09/2013).

⁵ Mesmo considerando seu reposicionamento na Separação de Poderes.

⁶ “(...) a grande cortesia do cientista ao seu auditório é fornecer os meios possíveis para repetição de todos os seus passos” (ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. Brasília, n. 7, jan-abr/1999, p. 147-148).

⁷ O STF julgou procedentes as ações para declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do artigo 2º, incisos I e II, parágrafos 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, assegurando-se sua aplicação até 31.12.2012.

⁸ Para compor o raciocínio proposto para esse capítulo, serão analisados todos os documentos judiciais e processuais dos autos das ADIs/ADO sob exame, para levantar quais argumentos jurídicos ou fundamentos normativos atinentes à questão federativa foram suscitados pelos

No segundo capítulo, pretende-se analisar os limites do poder normativo do Supremo Tribunal Federal a partir da compreensão atualizada da “Teoria de Separação horizontal dos Poderes”. Aqui intenta-se repensar quais operações lógicas (hermenêutico-sistemáticas) são levadas a cabo e quais deveriam ser levadas em conta pelos magistrados, especialmente nos casos em que envolvam princípios estruturantes da Constituição e omissão inconstitucional⁹. Importa discernir também quais são os limites de sua atuação.

Em seguida, o terceiro capítulo é voltado a sistematizar o entendimento do próprio STF¹⁰ a respeito do sistema federativo brasileiro, desde 5.10.1988, quando foi promulgada a vigente Constituição, até a data do julgamento sob exame, em 24.2.2010. É importante avaliar¹¹ o que aquela Corte já tinha formulado, ao tempo do julgamento das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243,

requerentes e autoridades que intervieram no processo dessas ações diretas e contrastar com o tratamento que a Corte lhes dispensou.

⁹ Que não se atém a ser a simples “*bouche de la loi*” de Montesquieu (SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002), mas se tornou o próprio “*maître du langage*”.

¹⁰ Esclareça-se, por oportuno, que assim será feito, não por uma questão de “reverencialismo”, termo alcunhado por Luciano Oliveira (OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito** (UFPE), v. 13, 2003, p. 299-330). Assim, enquanto não recorrêssemos a esses precedentes, não acessariamos as fontes também primárias da pesquisa. Com o fito de levantar os julgados que nos amparariam nessa empreitada e tendo em conta a diversidade de tipos de ações que são levadas a julgamento pela Corte, optamos por aquelas que tratam do controle abstrato de normas, proferidas em decisões colegiadas (acórdãos) – é que, segundo o Regimento Interno do STF, compete ao órgão colegiado julgar ações que tais –, após a promulgação da atual Constituição (de 5.10.1988) até a data do julgamento das ADIs e ADO que serão objeto desta pesquisa, em 24.2.2010. Passamos a assistir e sistematizar como os ministros do Supremo Tribunal Federal – STF tratavam os casos relacionados à dogmática federativa, em especial quanto à autonomia dos entes federados. Partindo da distinção fomentada por Richard Hare (HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996) entre “palavras descritivas” e “palavras de valor” (polissêmicas) – aquelas designativas de um objeto (substantivas) e estas qualificativas de um determinado objeto (adjetivas) –, nos deteremos em expor os precedentes que tenham feito uso das “palavras de valor” “federação”, “federalismo” e “princípio federativo” e, mais, que os tenha densificado o sentido (estabilizado semanticamente) com explanações descritivas sobre o seu teor. Dito isso, tem-se que os casos colacionados neste trabalho não são necessariamente aqueles que se devam considerar os mais importantes da Corte, mas, como Lêda Boechat Rodrigues, rememoramos o que dizia Oliver W. Holmes, no sentido de que “era, às vezes, em casos sem nenhuma repercussão que se fixavam importantes opiniões vencidas ou vencedoras” (RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas corpus**. Tomo III [1910-1926]. Rio de Janeiro: Civilização brasileira S.A., 1991, p. 25).

¹¹ NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil**. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1. Acesso em 19/09/2013.

sobre o teor da autonomia dos entes de nossa Federação¹² e mesmo sobre como concebia os termos “federação”, “federalismo” e “princípio federativo”¹³. Por fim, cuidar-se-á de examinar o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal em si, relevante instrumento da dogmática federativa atual.

O desenvolvimento deste trabalho depende da compreensão de qual é a feição do Federalismo brasileiro, tanto no texto constitucional quanto no magistério doutrinário.

Montesquieu¹⁴ anotou que a forma federal de Estado dependia da união de vários entes políticos que consentissem em se tornar partes de um Estado maior, de uma “sociedade de sociedades”¹⁵.

¹² “A análise de jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou as suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas” (FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza/CE: 2010, p. 5239). Neste item do trabalho, não formularemos crítica aos julgados do STF sob o aspecto do seu possível “déficit de justificação” (FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais**. Porto Alegre: Safe, 2009). Vamos, isso sim, descrever e sistematizar suas principais formulações.

¹³ Esta visão do Federalismo a partir do trinômio “federalismo”, “federação” e “princípio federativo” é adotada por alguns autores, dentre os quais citamos Cristiano Martins (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38-41).

¹⁴ No caso, referia-se à “République fédérative”. Os norte-americanos, “quando condenaram a monarquia, identificada então com o absolutismo, e defenderam com grande veemência a adoção da república, os criadores do novo Estado estavam incorporando ao federalismo a exigência de democracia” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 28), o que não quer dizer que a Monarquia Constitucional não seja compatível com o federalismo. Mas havia o temor de que ressurgisse a aristocracia: “O panorama que a sociedade americana apresenta é (...) coberto de uma camada democrática, sob a qual vemos surgir de tempo em tempo as velhas cores da aristocracia” (TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: leis e costumes. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 54).

¹⁵ “Se uma república for pequena, será destruída por uma força estrangeira; se for grande, destruir-se-á ela própria por um vício interno. Este duplo inconveniente contamina igualmente as aristocracias, quer sejam boas, quer sejam más; mas o mal reside na própria coisa, e não há nada que o possa remediar. Desse modo, é bem provável que os homens teriam sido obrigados a viver sempre sob o governo de um só, se não tivessem imaginado um tipo de constituição que tem todas as vantagens internas do governo republicano e a força exterior do monárquico. Estou me referindo à república federativa. Esta forma de governo é uma convenção pela qual diversos agrupamentos políticos consentem em se tornar cidadãos de um Estado maior que desejam formar. É uma sociedade de sociedades, que dela fazem uma nova, que pode ser aumentada pela união de novos associados” (SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 141). O grande mérito do federalismo certamente foi permitir “a aliança permanente, com finalidade abrangente de toda a vida política, de grupos sociais numerosos, diferenciados

A fórmula federativa, em si, foi tecnicamente idealizada pelos norte-americanos¹⁶, no final do século XVIII¹⁷, e singularizou-se por sua originalidade¹⁸, confirmada pelo artigo 39 da obra “O Federalista”:

A Constituição proposta não é (...) nem estritamente nacional nem federal, mas uma composição de ambos os conceitos. Em seus fundamentos, ela é federal, não nacional; segundo as fontes de onde emanam os poderes normais do governo, é em parte federal e em parte nacional; no exercício desses poderes, é nacional, não federal; na abrangência deles, é outra vez federal, não nacional; finalmente, na maneira autoritária de introduzir emendas não é inteiramente federal nem nacional¹⁹.

pelos interesses e mesmo por características culturais” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 59).

¹⁶ O contexto histórico deve ser levado em conta como condição da interpretação (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 504).

¹⁷ Assim que inaugurado o federalismo norte-americano, de antemão, era claro que as esferas estadual e federal não prevaleceriam uma sobre a outra, mas ambas se submeteriam à Constituição. Já se os Estados mantiveram sua “soberania” ou, em seu lugar, teriam “autonomia”, esses termos eram usados indistintamente em “O Federalista”, não obstante Alexis de Tocqueville vislumbasse ser o Estado Federal dotado de dupla soberania, a federal e a dos Estados-membros (Cf. TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: leis e costumes. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 127 e ss. (aqui se refere a que parte da soberania dos Estados-membros é que foi concedida à União). Jellinek, influenciado por Tocqueville, desenvolveu a doutrina sobre a divisão da soberania, a partir da qual “(...) entre o Estado federal e o Estado-membro não está repartida a soberania e nem o poder do Estado. Estão repartidos os objetos a que se dirige a atividade estatista” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 46).

¹⁸ Conquanto o magistério pátrio dê notícia de que, desde a Grécia antiga, existiam estruturas que se baseavam em princípios federais (BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 11; ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217-240), pode-se afirmar que os povos da antiguidade não conheceram a noção de Estado federativo da maneira como a Ciência Política moderna o conceitua: “(...) a ideia jurídica de Estado federativo seria ali desconhecida, pois trata-se de um fenômeno que tem por suporte uma vida que exige a combinação orgânica de todas as funções do Estado” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 13). “O Estado Federal nasceu, realmente, com a constituição dos Estados Unidos da América, em 1787” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 255). “O milagre federativo moderno, obra do gênio americano, constitui com seus dois níveis de estabilidade, uma das criações mais raras e originais que opulentam a moderna Ciência Política; (...) A originalidade da ideia federativa reside em proporcionar aos povos um modelo vertical de institucionalização dos laços associativos, acima da efêmera união de Estados traçada desde a antiguidade pelos velhos esquemas confederativos” (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 316). Cf. ainda: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 206.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 334 (artigo 39). Para Janice Ferreri, “(...) os constituintes norte-americanos pretendiam fundar uma simples democracia, mas terminaram por constituir-se na mais complexa das estruturas governamentais do globo

Hoje o Federalismo adotado pelos Estados Unidos na Convenção de Filadélfia, de maio de 1787, foi bastante alterado dos seus moldes originais²⁰,

terrestre” (FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15).

²⁰ No Congresso da Filadélfia, de 1787, esses Estados se reuniram para deliberar sobre a reforma dos Artigos da Confederação, do que derivou, ao final, a construção de uma Constituição instituidora de um novo modelo de Estado: o modelo federal. Essa Constituição norte-americana de 1787 cuidou de delimitar tão-somente os poderes da União, sem tecer considerações aos dos Estados, o que só veio a acontecer com a edição da Emenda n. 10, de 1789. Segundo esta, “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados, ou ao povo”. É que o Estado Federal era “visto como capaz de garantir a unidade norte-americana. O federalismo reconheceu a identidade e a autonomia das treze ex-colônias e ofereceu um esquema de solução de eventuais conflitos ou controvérsias” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 12). Para tanto, acordou-se que migraria para a esfera de incumbências da União cuidar da preservação da paz pública, da regulação do comércio com outras nações e da manutenção das relações políticas e comerciais com os países estrangeiros (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, art. 45, p. 383: “Os poderes delegados ao governo federal pela Constituição proposta são poucos e definidos; os que permanecem com os governos estaduais são numerosos e imprecisos. Aqueles serão exercidos principalmente sobre tópicos externos, tais como guerra, paz, negociações e comércio exterior, com o qual o poder de taxação estará mais intimamente ligado. Os poderes reservados aos Estados se estenderão sobre todos os tópicos que, no curso normal da vida do país, dizem respeito às liberdades e bens do povo, à ordem interna e aos aperfeiçoamentos e progresso do Estado”). Aos Estados-membros caberia tudo o mais (Na sua expressão dualista, também chamada de “centrifuga”, “a ação estatal precisava confinar-se à sua própria esfera, e concomitantemente, existiam as áreas exclusivamente deferidas aos Estados”. Cf. nesse sentido: FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso, org.. **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28). Decorrencia disso, para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas, deviam, por certo, ser partilhadas as fontes de recursos financeiros, o que foi operacionalizado a partir do mecanismo da repartição de competências. Todavia, a feição do federalismo norte-americano foi, em muito, moldada (e atualizada) a partir dos julgados da sua Suprema Corte em matéria de delimitação da competência do poder federal (Exemplo clássico é o da interpretação da cláusula de comércio, ora ampliativa, ora restritiva). Inicialmente, liderada pelo juiz Marshall, o Tribunal Constitucional buscou consolidar a União, reforçando seus poderes frente aos Estados-membros – fase conhecida por “federalismo nacional” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20). “(...) a Suprema Corte chamou a si a decisão sobre a constitucionalidade das leis estaduais e não permitiu às cortes estaduais a interpretação da constituição federal para os próprios estados” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 6). Após a Guerra Civil, passou a ressaltar os poderes dos Estados-membros frente à União (“federalismo dual”). Por fim, na presidência de Roosevelt, conduziu o processo de ruptura com o federalismo dual - “O que ocorreu com o federalismo norte-americano, a partir do New Deal, foi a transformação das relações União-Estados, dando origem às tendências fundamentais das políticas públicas desenvolvidas posteriormente. (...) os Estados perderam a capacidade de solucionar, isoladamente, os principais problemas econômico-sociais de suas populações, ao mesmo tempo em que a União construiu e consolidou um vasto e poderoso aparelho administrativo federal” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21) – desencadeado pela reinterpretção da 10ª Emenda à Constituição de 1787. Dessa feita, a participação da Suprema Corte foi decisiva na acomodação da Constituição de 1787, criada para constituir Estado compostos de 13 Estados-

em razão do dinamismo do próprio mecanismo federativo²¹ e da sua conformação jurídica em diferentes países em todo o mundo²². Daí não é de se estranhar que tenha ganhado em cada um deles uma feição própria²³.

Por isso, Gilberto Bercovici afirmar que:

(...) não existe um 'modelo' de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes dos Estados denominados federais. **O que existe é uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal**²⁴. (Grifos nossos)

Nos Estados Unidos, por exemplo, ele foi criado como consequência do fato de que "(...) a Confederação era insuficiente para assegurar a união permanente dos Estados e para dar a essa união os meios de que ela necessitava. Era preciso aperfeiçoar a Confederação"²⁵, que "(...) não passava da

partes, à vida dos 50 Estados-membros de 1974. Suas principais elaborações tangenciaram os seguintes temas: doutrina dos poderes implícitos, imunidade tributária da União em face dos Estados, imunidade tributária dos Estados em face da União, doutrina do controle jurisdicional de constitucionalidade, federalismo dual, federalismo orgânico, evolução (da concepção adjetiva à concepção substantiva) do "*due process of law*", dentre outros.

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 40.

²² Citamos como exemplo, além dos EUA e do Brasil, outros países que também adotaram o modelo federal de Estado: o Canadá, o México, a Venezuela, a Colômbia, a Argentina, a Alemanha, a Áustria, a Suíça, a Rússia, a Nigéria, a Índia, o Paquistão e a Malásia, dentre outros.

²³ "O Estado federal não possui uma concepção única e exclusiva. A fisionomia de cada estrutura federativa é delineada por cada Estado que a adota" (FERRERI, Janice Helena. "A Federação". In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17). No mesmo sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 50-51; BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 216. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16. Exemplo dessa maleabilidade, "[o federalismo cooperativo] é o único federalismo que os países socialistas conhecem, pois excelentemente se amolda ao autoritarismo e os isenta de todo o reconhecimento da autoridade política autônoma das unidades-membros. (...) nos países democráticos não se poderá aplicá-lo a contento, salvo se vier resguardado de sólidas instituições jurídicas, ou seja, se o fizermos indissociável de um Estado de Direito (...)" (BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 103). É devido à capacidade de adaptação do sistema que o regime federativo não envelhece, antes se renova cada vez que as circunstâncias se colocam na evolução natural das sociedades (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19).

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 9.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 12. Na base da Constituição que foi adotada [nos Estados Unidos] está a crença nos direitos naturais do indivíduo, o que determinou a criação de uma forma de Estado e de governo que

soma dos componentes políticos das antigas colônias inglesas, gerando um governo extremamente instável devido aos constantes impasses políticos”²⁶.

A condição social, a religião e os costumes dos primeiros emigrantes exerceram sem dúvida enorme influência sobre o destino de sua nova pátria. Todavia, não dependeu deles fundar uma sociedade cujo ponto de partida estivesse situado tão-somente neles mesmos. Ninguém poderia livrar-se inteiramente do passado; aconteceu-lhes, assim, mesclar, seja voluntariamente, seja sem que o percebessem, às ideias e aos usos que lhes eram próprios outros usos e outras ideias que lhes vinham de sua educação ou das tradições nacionais de seu país.²⁷

Inicialmente, o federalismo da Constituição norte-americana “revelou-se um eficiente compromisso político frente a questões práticas imediatas”²⁸, relacionadas a guerras e à proteção dos entes federados contra a Grã-Bretanha e à regulamentação do comércio interestadual, estas da alçada do Estado-Central, enquanto tudo o mais remanesceria na esfera de competência dos Estados-Membros. Mas esse “federalismo dualista” foi lentamente sendo substituído pelo “federalismo cooperativo” ou “federalismo moderno”²⁹, no que “novas incumbências foram designadas ao Estado Federal, redefinindo irreversivelmente sua função”³⁰.

impedisse a concentração do poder nas mãos de um indivíduo ou de um pequeno grupo. As ideias antiabsolutistas de Locke, assim como as recomendações para a contenção do poder, feitas por Montesquieu, exerceram grande influência sobre os participantes da Convenção de Filadélfia, os quais, na realidade, foram muito além do objetivo inicial de aperfeiçoar a Confederação e criaram o Estado Federal (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 14).

²⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 12.

²⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: leis e costumes. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 52. Todos os textos constitucionais dos estados-partes dos Estados Unidos como a Carta também instituidora da União Federal tratavam de Separação dos Poderes, Congresso Bicameral e Declaração de Direitos (FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18).

²⁸ RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 5.

²⁹ Especialmente após o *crack* das bolsas de 1929 e o New Deal de Roosevelt, que antecedeu o abandono do liberalismo tradicional e implantação do intervencionismo do Estado (fortalecimento do Executivo federal).

³⁰ FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.

O federalismo cooperativo veio como redefinição do federalismo norte-americano, apresentando-se na prestação de auxílio financeiro da União aos Estados³¹.¹ Nesse particular, o governo federal coloca-se como líder da política doméstica, ou seja, sendo ele mais progressista que os Estados, está melhor preparado para assegurar a uniformidade e equidade na distribuição de recursos³². Assim, o modelo federativo, reconfigurado como cooperativo, contribuiu para a ampliação das competências federais e, desde quando “os Estados Unidos decidiram assumir a tarefa de manter a paz no mundo e de promover a segurança econômica para todo o seu povo, deram um passo avançado no sentido do fortalecimento do governo central”³³, o que altera as características tradicionais do federalismo.

O federalismo brasileiro, como as demais federações modernas, “funda-se nesse compromisso norte-americano”³⁴. O nosso, por seu turno, “ocorreu devido à mera decisão governamental”³⁵, firmada por meio do Decreto n. 1, de 15.11.1889, cujos artigos 2º e 3º tinham a seguinte redação:

Art. 2º. As **Províncias do Brazil, reunidas pelo laço da federação**, ficam constituindo os Estados Unidos do Brazil.

Art. 3º. **Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva**, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais. (Grifos nossos).

Ou seja, tanto o Federalismo quanto a própria República³⁶ foram formalizados pacificamente pelo mesmo ato³⁷. A propósito, Manoel Gonçalves

³¹ Alguns autores definem esse aspecto como ‘federalismo cooperativo’, explicável em vista do engrandecimento do Estado Federal e consequente aumento de recursos, fazendo-o competente para distribuir recursos aos governos locais.

³² FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 46-47.

³⁴ RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 5.

³⁵ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 45. Essa foi a decisão de desagregar o poder político central, tornando as antigas províncias em Estados-membros.

³⁶ “Vivendo quatrocentos anos no litoral vastíssimo, em que palejam reflexos da vida civilizada, tivemos de improviso, como herança inesperada, a República” (CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**: campanha de Canudos. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001, p. 317).

Ferreira Filho argui que “a bandeira dos republicanos era o federalismo e não a derrubada da Monarquia em si”³⁸. Há, contudo, registros de que o ideal federativo no Brasil seja tão antigo quanto a independência³⁹ ou mesmo anterior a ela⁴⁰.

³⁷ “A interferência militar situada entre o imperador sem herdeiros políticos e o federalismo não amadurecido, desviou a direção dos acontecimentos, sufocou a revolução em marcha. (...) O grupo militar, ao qual o comando é entregue a 15 de novembro, está bem ciente de sua missão e de sua responsabilidade: a garantia da pátria íntegra. Para a preservação desse objetivo supremo não seria possível fragmentar o domínio, senão guardado o vínculo com o centro, homogêneo e, se possível, monolítico” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 607-608, 610).

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.

⁴⁰ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 301-305. Verdade é que, a Constituição Imperial de 1824, outorgada em 25.3.1824 pelo imperador do Brasil, “afirma que toda a autoridade reside no rei, mas, em atenção ‘ao progresso das luzes’, concede a participação popular nos negócios públicos” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 335). Essa Constituição de 1824, sem sombra de dúvidas, instituiu e garantia o unitarismo (“Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado”). As Províncias não podiam legislar sobre seus assuntos específicos, nem havia na Constituição Imperial qualquer menção à repartição das receitas entre o Governo Central, as Províncias ou Municípios. Ocorre que sobreveio a edição do Ato Adicional de 12.8.1834 (Lei n. 16), que, como ele mesmo fez consignar em seu preâmbulo, foi prolatado para “reformular a Constituição do Império”, procedendo a “mudanças e adições à mesma Constituição”. Além dele, também o Código de Processo Penal de 29.11.1832 avançou muito no que concerne à autonomia local, dando “fisionomia nova aos municípios, habilitando-os a exercer, por si mesmos atribuições judiciárias e policiais, num renascimento do sistema morto desde o fim do século XVII. (...) Sob o fundamento de separar os poderes, confundidos e embaraçados no período colonial, converte-se o município em peça auxiliar do mecanismo central. Dotados de atribuições amplas e com minúcia discriminadas – governo econômico e policial, melhoramentos urbanos, instrução e assistência –, não possuíam rendas, senão as mínimas indispensáveis à manutenção de seus serviços, sujeitas as câmaras ao desconfiado e miúdo controle dos conselhos-gerais das províncias, dos presidentes provinciais e do governo geral”, o que deu azo à entronização dos fazendeiros e latifundiários, detentores do poder econômico, nos cargos locais. A respeito da autonomia local, Raymundo Faoro conclui que “O salto era imenso: da centralização das Ordenações Filipinas à cópia do localismo inglês” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 351-353). O referido Ato Adicional visou “desmontar, pela descentralização, quase federativa, mas adversa à federação, o centralismo bragantino, ao tempo que foge [fugiu] da fragmentação municipal” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 353-354). Essa solução híbrida, “se não estabelecia a federação, participava de ambos os sistemas” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 364). A tentativa era a de conter as revoltas ambientadas nas províncias no período regencial da história brasileira, “tentou-se criar uma espécie de ‘monarquia federativa’” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26). Daí, criaram-se as “Assembléias Legislativas Provinciais” em substituição aos Conselhos Gerais, que juntamente com os presidentes das províncias governavam essas unidades políticas do Império. Na visão de Paulo Bonavides, não fosse o Ato Adicional de 1834, a unidade do Império teria sido comprometida: “Foi (...) a dose de autonomia e não a centralização foi o penhor da unidade nacional, fadada decerto a esfacelar-se sem a grande reforma da Regência, ou seja, o Ato Adicional”

Com pouco, foi erigida nova ordem constitucional no Brasil⁴¹, destinada a descentralizar o poder político⁴². A Constituição da República de 1891, logo em seu artigo 1º, zelou por ressaltar o valor da unidade territorial da Nação, afastando pretensões confederais:

Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por **união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias**, em Estados Unidos do Brasil. (Grifos nossos)

Consoante o princípio federalista recém-instituído nesta ordem constitucional, a União só poderia intervir nos Estados para manter a ordem, a forma republicana de governo e o cumprimento das leis ou para reprimir invasão estrangeira.

A federalização “rompe com a tradicional unidade de fontes legislativas e introduz uma política estadual legitimada pela Constituição

(BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 335). Contudo, pouco depois, em 12.5.1840, adveio a Lei de Interpretação do Ato Adicional (Lei n. 105), que, “sob o inocente pretexto de elucidar o Ato Adicional, infunde ao estatuto de 1834 alma oposta ao seu contexto” – essa Lei n. 105 de 1840 “separa o poder geral do poder provincial, armando o primeiro, a exemplo do fortalecimento norte-americano da União contra os Estados, dos insondáveis poderes implícitos, que o chief-justice Marshall arrebatara às unidades federativas” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 379-380). Ela (a Lei de Interpretação do Ato Adicional) restringiu os poderes das Assembleias Legislativas, fazendo cassar o anseio descentralizador do referido Ato Adicional de 1834. Por isso dizer-se que, mesmo antes da adoção da forma federativa de Estado pelo Brasil, “(...) no período imperial já havia processos de centralização e descentralização espacial de poder” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 8). “Ao longo do período imperial, houve sempre certa contradição entre a relativa autonomia efetiva das regiões e a concentração de poder político nas mãos da corte imperial, tanto que muitas vezes as pretensões autonomistas das províncias se fizeram sentir” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 9).

⁴¹ O Federalismo é formalizado pelos Estados por meio de Constituição escrita que funciona como “Código” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 60: Dircêo Ramos explica que “A palavra código significa longa, detalhada, altamente específica e explícita”). Ela (a Constituição) é a base da aliança firmada dos entes federados. Por isso, para entender a feição do federalismo em um dado país é mister conhecer o “direito público positivo dos Estados” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 17) que optaram por adotar essa forma de Estado, importa reconhecer numa Constituição positiva concreta seu grau particular, sua forma específica de descentralização (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 461).

⁴² Em contraposição ao estado unitário anterior.

Federal”⁴³. A partir de então, incumbia aos Estados elaborar suas próprias leis, desde que não entrassem em conflito com essa mesma Constituição, além do que podiam decretar impostos sobre exportações, imóveis, indústrias, profissões e transmissão de propriedades. A competência tributária da União se limitava aos impostos sobre importações e às taxas de correios e telégrafos federais.

No que concerne ao auxílio financeiro da União aos seus Estados-Membros, a separação estanque de competências (e responsabilidades) entre eles, típica do federalismo dual, era a regra, excepcionada apenas pelo artigo 5º da Constituição de 1891⁴⁴. Ele discorria sobre a sua única hipótese em que cabível o socorro da União aos demais entes que compunham a aliança federal: em caso de calamidade pública, se a União fosse instada a socorrer⁴⁵.

Sem ter progredido mais no pertinente ao federalismo financeiro, “o resultado desse sistema foi a manutenção de desigualdades gritantes entre os vários membros da Federação”⁴⁶, da assimetria de fato latente entre as suas Unidades. Talvez este tenha sido “o principal fator que logo pôs em evidência a inadequação do arranjo federativo então estabelecido”⁴⁷.

Nos governos militares de Deodoro e Peixoto⁴⁸, o federalismo foi pouco expressivo, ao passo que esteve sufocado pelas manifestações do unitarismo vindas do autoritarismo monárquico e das oligarquias. Os próprios Estados, paradoxalmente, “batalharam pelo incremento da atividade da União”⁴⁹. E “(...) logo se patenteou o desencontro da realidade com a lei, da doutrina com os fatos, do federalismo que se pusera na Constituição com o federalismo que se

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339.

⁴⁴ “Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.”

⁴⁵ O que, segundo regulamentação datada de 1897, dependeria de solicitação formal do pedido e comprovação documentada de que os recursos disponíveis pelo Estado solicitante foram totalmente exauridos intentando desbaratar a calamidade que o atingiu.

⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

⁴⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

⁴⁸ Marechal Deodoro da Fonseca (1889-1891) e Marechal Floriano Peixoto (1891-1894).

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

veio a exercer”⁵⁰. Do federalismo, o que de fato se conhecia era “somente o que a Constituição de 1891 dispunha textualmente”⁵¹.

Eis que, então, com desprestígio do Exército, consequência do desfecho da Guerra de Canudos (1893-1897), entre nós se operou “a transformação política do Brasil, a maior revolução verificada entre nós – a passagem do poder das mãos da federação, das mãos do Brasil, para as mãos dos Estados”⁵². Esse cenário transformou-se em propício espaço de implantação da “política dos governadores”, em que “os governadores (...) serão [eram] a eleição, a legitimidade”⁵³.

O fim do regime escravocrata no Brasil precipitou a proclamação da República. Esta estendeu o direito ao voto, ao passo que tornou as Províncias em Estados, governados por autoridades elegíveis pelo povo. E, encetando o sistema de eleições, pressuposto de participação e autonomia das unidades federadas, tornou-se favorável o surgimento do “coronelismo”⁵⁴.

Entre 1889-1930, o poder político em nosso país esteve sob o controle de oligarquias rurais, poderes privados não-democráticos dos potentados

⁵⁰ “A ditadura de Floriano foi a primeira manifestação perturbadora de unitarismo crônico, violento, autoritário, herdado ao País pela tradição imperial, sobrevivente à queda da monarquia. Do lado oposto, após o interregno dilatatório, estavam as oligarquias, que compunham a nova realidade do poder, enchendo igualmente de temores o ânimo amargurado dos federalistas da Primeira República” (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 317-318).

⁵¹ FERRER, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28. Nem a “Revolução” Federalista do Rio Grande do Sul, ocorrida entre fevereiro de 1893 e agosto de 1895, fez expandir o seu ideal de ampliar a autonomia dos Estados federados, descentralizando poder da União Federal.

⁵² “Não teria sido tão rápida a passagem se não tivesse havido a guerra de Canudos em que foi sacrificado o Exército nacional” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 636).

⁵³ “O aparelho fiscal e financeiro, concentrado na União, permitia sufocar essa reação, dada a permanente penúria dos Estados para proverem às suas necessidades. Só os grandes estariam ao abrigo da ajuda federal direta, impondo seus interesses na formulação da política econômica. Os pequenos Estados obedecem porque são pobres e continuam pobres porque não participam dos estímulos comandados pela União. Essa circunstância permitiu que a política dos governadores evoluísse para a supremacia do presidente da República, numa tendência que o presidencialismo favorecia” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 645, 647).

⁵⁴ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 233. São os seus traços característicos: atuação no reduzido cenário do governo local; isolamento (incursão do privado no público); e pressuposição da decadência do poder privado e do fortalecimento do poder público, cada um com um certo grau de fraqueza (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 230 e ss.).

locais, que funcionavam em torno de sistema de reciprocidade, sendo este um “sistema político dominado por uma relação de compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido”⁵⁵. No eixo Município-Estado, figuravam os “coronéis” e a política dominante do Estado; no eixo Estado-União, os governadores e o guardião da chave do erário em âmbito federal.

Assim funcionava o compromisso “coronelistas”: os chefes locais ofereciam incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais ou federais e os líderes da situação estadual ofereciam carta branca ao chefe local governista⁵⁶. À disposição dos chefes locais estavam favores de ordem pessoal e mesmo auxílio financeiro do Estado. “É, pois, a fraqueza financeira dos Municípios um fator que contribui, relevantemente, para manter o ‘coronelismo’⁵⁷, na sua expressão governista”⁵⁸.

E, a exemplo do que ocorria nos Municípios com a formação e manutenção das oligarquias locais, acontecia em situação geograficamente aumentada com a fundação das oligarquias estaduais, uma dando sustentação para a outra⁵⁹. Tal arranjo importava em comerciar favores, naquele caso entre

⁵⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 231.

⁵⁶ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 67-68.

⁵⁷ Típico do período republicano, decorre basicamente da abolição da escravatura, do aumento do contingente eleitoral e da adoção do federalismo. “A influência política dos donos de terras (‘os coronéis’) aumentou graças à dependência dessa grande parcela do eleitorado causada pela estrutura agrária e fundiária. (...) Com o federalismo e a existência, então, do governo estadual eletivo (não mais nomeado pelo Poder Central, como no Império), tornou-se necessária a implantação de máquinas eleitorais nos Estados, baseadas no poder dos coronéis” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35).

⁵⁸ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 65.

⁵⁹ “O regime federativo também contribuiu, relevantemente, para a produção do fenômeno: ao tornar inteiramente eletivo o governo dos Estados, permitiu a montagem, nas antigas províncias, de sólidas máquinas eleitorais; essas máquinas eleitorais estáveis, que determinaram a instituição da ‘política dos governadores’, repousavam justamente no compromisso ‘coronelistas’” (LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 233).

“coronéis” e governo estadual, neste, entre governadores⁶⁰ e os representantes do povo na instância federal⁶¹.

Nessa mais ampla composição política, **os instrumentos que mais eficazmente garantiam a preponderância do presidente da República eram, na ordem financeira, os auxílios da União, destinados a suprir a escassez das rendas estaduais**, e, na ordem política, o reconhecimento de poderes (a *degola*), que podia manter no Congresso Federal, ou dele expulsar, os senadores e deputados que as fraudes e os chefes locais extraíam das urnas.⁶² (Grifos nossos)

A União, dessa maneira, auxiliava Estados, encaminhando-lhes recursos financeiros. Ocorre que, enquanto vigente a “política dos governadores”, esse apoio era oferecido unicamente como troca de favores, condicionado politicamente, ficando ao arbítrio da União decidir a periodicidade e o *quantum* enviar aos aliados do governo da situação⁶³.

“Coronelismo” e “Política de Governadores” eram a base do regime político implantado com a Proclamação da República⁶⁴. Isso propiciou a alteração do cenário federal. Consoante Victor Nunes Leal, “a brisa autonomista do começo da República em breve tempo deixou de soprar, e ventos contrários passaram a

⁶⁰ Os analfabetos não votavam e cerca de 50% do eleitorado concentrava-se nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Isso é o que explica o conchavo político entre os dois primeiros, comumente apelidado de “a política do café-com-leite”.

⁶¹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 651-653. Consoante explica Cármen Lúcia, “(...) o coronel garantia os votos que elegeriam o governador, que, por sua vez, apoiaria determinado candidato a presidente da República, que, eleito, guarneceria a força do governador que lhe assegurara o pleito, o qual, numa cadeia (sem trocadilho) cadenciada decrescente, fundamenta todos os poderes do coronel” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 152-153).

⁶² LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 111.

⁶³ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 651-653.

⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37. A esse federalismo, Cármen Lúcia denomina “federalismo tupiniquim”, “pejado de fenômenos políticos caboclos, intercalado, ou, mesmo, impedido de se aperfeiçoar pelo advento do coronelismo, da política dos Governadores e pelas ditaduras militares que assolaram os primeiros anos da República Federativa, tão pouco pública e quase nada federativa” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 227).

impulsionar a política do municipalismo no Brasil”⁶⁵, até então sacrificado em favor dos Estados e da União⁶⁶.

Em 1926, adveio Reforma Constitucional da qual resultou a ampliação dos poderes da União, mormente porque, ao substituir o teor do artigo 6º da Constituição de 1891, incrementou o rol de hipóteses de cabimento da intervenção do governo federal em negócios particulares dos Estados⁶⁷.

Seguindo o movimento de amplificação das competências da União, a Revolução de 3.10.1930⁶⁸ foi marcante na história brasileira, ao passo que deu forte impulso à federalização de órgãos e políticas estaduais e ao fortalecimento dos sistemas administrativos e da burocracia federais.

Com o movimento revolucionário, surgiu a figura do “interventor federal” para os Estados, que exercia funções legislativas e executivas,

⁶⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 68.

⁶⁶ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 109.

⁶⁷ “Substitua-se o art. 6º da Constituição pelo seguinte: ‘Art. O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: I - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes: a) a forma republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos Poderes; e) a temporariedade das funcções electivas e a responsabilidade dos funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuaes assegurados pela Constituição; k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretal-a; III - para garantir o livre exercicio de qualquer dos poderes públicos estadoaes, por solicitação de seus legítimos representantes, e para, independente de solicitação, respeitada a existencia dos mesmos, pôr termo á guerra civil; IV - para assegurar a execução das leis e sentenças federaes e reorganizar as finanças do Estado, cuja incapacidade para a vida autonoma se demonstrar pela cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dous annos. § 1º Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para assegurar o respeito aos principios constitucionaes da União (nº II); para decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (nº III), e para reorganizar as finanças do Estado insolvente (nº IV); § 2º Compete, privativamente, ao Presidente da República intervir nos Estados, quando o Congresso decretar a intervenção (§1º); quando o Supremo Tribunal a requisitar (§ 3º); quando qualquer dos Poderes Publicos estadoaes a solicitar (nº III); e, independentemente de provocação, nos demais casos comprehendidos neste artigo. § 3º Compete, privativamente, ao Supremo Tribunal Federal requisitar do Poder Executivo a intervenção nos Estados, a fim de assegurar a execução das sentenças federaes (nº IV).’”

⁶⁸ Movimento armado, encabeçado pelos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que desembocou no golpe de Estado que depôs o Presidente da República da época, Washington Luís, e impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes, pondo fim à República Velha.

subordinado somente ao chefe do governo provisório, o que foi o bastante para suprimir a autonomia dos Estados. Esvaziaram-se, também, as oligarquias regionais, fundando⁶⁹ o “federalismo pátrio”, uma espécie de federalismo cooperativo de forte propensão centralizadora⁷⁰, segundo o qual

(...) os Estados passaram a cortejar o poder central para dele receber auxílio para os investimentos, subsídios, incentivos, fazendo com que os mesmos, em razão disso, perdessem por completo a autonomia constitucional e federativa. Dessa fase resultou uma espécie de guerra econômica entre as regiões e os Estados-membros, posto que somente a autoridade executiva da Federação detinha o alto poder decisório, o que acabou por fazer ruir de vez com o sistema federativo.⁷¹ (Grifos nossos)

Se, até então, reinava a teoria da soberania estadual, de Campos Sales⁷², após, “o socialismo de Estado, que inspirava os mentores daquela Carta, produziu uma forte centralização, com o engrandecimento dos poderes destinados ao governo federal”⁷³.

A Constituição brasileira de 1934, inspirada nas Constituições de Weimar, de 1919, e na austríaca de 1920, inaugurou o federalismo cooperativo no Brasil⁷⁴. À vista disso, em matéria tributária, as competências foram

⁶⁹ Vale anotar que a Constituição de 1891 foi afastada por obra do Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório criado pela Revolução de 1930, e não pela Constituição posterior a ela, a de 1934.

⁷⁰ O Governo Provisório liderado por Vargas previu a centralização da arrecadação tributária por parte da União e a proibição dos Estados contraírem empréstimos externos sem sua autorização (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39).

⁷¹ FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

⁷² FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

⁷³ FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30.

⁷⁴ Cf. artigos 9º, 10, 140 e 177: “Art 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889. Art 9º - É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações. Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: I - velar na guarda da Constituição e das leis; II - cuidar da saúde e assistência públicas; III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; IV - promover a colonização; V - fiscalizar a aplicação das leis sociais; VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus; VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos

compartilhadas entre os entes federados não apenas de forma enumerada e remanescente (como no federalismo clássico), mas também de maneira concorrente, vedada a bitributação⁷⁵.

Com respeito à partilha de rendas, por força do que previsto no artigo 8º, § 2º, competia privativamente aos Estados decretar impostos sobre indústrias e profissões, cuja arrecadação caberia aos Estados e Municípios, em partes iguais para cada⁷⁶. Além do mais, União e Estados, concorrentemente, poderiam criar outros impostos. Em casos que tais, a arrecadação, em regra⁷⁷, seria operada pelos Estados, com a subsequente partilha do seu produto com a União e os Municípios⁷⁸.

privativamente. Parágrafo único - A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal, que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios. Art 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais. Art 177 - A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que dependerá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial. § 1º - Dessa percentagem, três quartas partes serão gastas em obras normais do plano estabelecido, e o restante será depositado em caixa especial, a fim de serem socorridos, nos termos do art. 7º, nº II, as populações atingidas pela calamidade. § 2º - O Poder Executivo mandará ao Poder Legislativo, no primeiro semestre de cada ano, a relação pormenorizada dos trabalhos terminados, e em andamento, das quantias despendidas com material e pessoal no exercício anterior, e das necessárias para a continuação das obras. § 3º - Os Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva. § 4º - Decorridos dez anos, será por lei ordinária revista a percentagem acima estipulada.”

⁷⁵ “Art 11 - É vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, *ex officio* ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência.”

⁷⁶ “Art 8º - Também compete privativamente aos Estados: I - decretar impostos sobre: (...) g) indústrias e profissões; (...) § 2º - O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e pelo Município em partes iguais.”

⁷⁷ Como exceção, a arrecadação para posterior rateio só seria empreendida pela União como pena ao Estado que deixasse de repassar as cotas devidas à União ou aos Municípios, hipótese em que seu percentual de participação seria diminuído de 50% para 30%.

⁷⁸ “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. Parágrafo único - A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo

O “novo federalismo” edificado no Brasil⁷⁹ por meio da Constituição de 1934, desencadeou conflitos, entre 1934 e 1937, muitos dos quais tangiam à autonomia estadual⁸⁰. Decorrencia disso, sobreveio o Decreto n. 457, de 26.11.1935⁸¹, estabelecendo o estado de sítio⁸², seguido do Decreto n. 702, de 23.3.1936, que impunha o estado de guerra no Brasil.

O golpe getulista e a edificação do “Estado Novo”, em 1937, deu azo a que se erguesse a prumo uma nova ordem constitucional, que deixou de se referir ao Brasil como “Estados Unidos do Brasil”, como fizeram as Constituições de 1891 e 1934, conquanto anunciasse nominalmente a condição de Estado Federal do Brasil⁸³. Com base nela (na nova ordem constitucional), decretou-se a intervenção federal em todos os Estados⁸⁴, dissolveram-se a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, sem jamais ter convocado as eleições para o Parlamento Nacional ou sequer para as Assembleias Legislativas⁸⁵, e transferiu-se ao governo federal a

Governo federal que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios.”

⁷⁹ Que paralelamente era também instalado nos Estados Unidos da América.

⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

⁸¹ O Decreto Legislativo n. 5, de 25.11.1935, que autorizou a decretação pelo Presidente da República foi editado dois dias após a rebelião armada organizada contra o presidente Getúlio pelo Partido Comunista Brasileiro – PCB, conhecida por “Intentona Comunista”.

⁸² O instituto do estado de sítio foi banalizado durante a Primeira República, uma vez que era constantemente utilizado pelos presentes da República. Durante o governo de Arthur Bernardes a medida foi utilizada por 1.287 dias. A reforma constitucional de 1926 foi aprovada em pleno estado de sítio. A Constituição de 1934, diferente das demais, não previu o “estado de sítio preventivo” e em seu art. 40 estabelecia ser da competência do Legislativo decretar o estado de sítio: “Art 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: (...) d) aprovar ou suspender o estado de sítio, e a intervenção nos Estados, decretados no intervalo das suas sessões; (...)”.

⁸³ “Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.” Por isso, Raul Machado Horta considerar que, nesta fase, o federalismo brasileiro foi um “federalismo puramente nominal” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 322).

⁸⁴ Parágrafo único do art. 178. O parágrafo único do art. 8º previa que “O Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadar receita suficiente à manutenção dos seus serviços, será transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira”. Note-se que, “Além do controle da economia através da intervenção estatal, havia também o controle militar, efetivado pelo crescimento e reestruturação das Forças Armadas” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41).

⁸⁵ A que os arts. 175 e 178 se referem.

prerrogativa de confirmar e nomear os governadores de Estados em todo o País⁸⁶.

Isso se deu porque as administrações estaduais e municipais eram regidas pelo Decreto-lei n. 1.202, de 8.4.1939. Esse texto legal transformou os Estados-membros em “coletividades territoriais descentralizadas”, as quais deviam se submeter à supervisão, controle e fiscalização do presidente da República. É o que se designa de “regime de tutela administrativa, política e financeira dos estados-membros ao Chefe de Estado”⁸⁷, pois “(...) não sobrou nenhuma esfera legislativa para que os Estados atuassem sem a permissão do Poder Central”⁸⁸.

Dessa maneira, instalou-se o unitarismo para fortalecer o poder presidencial, afinal a organização federativa do Estado é incompatível com a ditadura: “onde há ditadura, há Estado unitário, com governo centralizado”⁸⁹. Dessa forma, o governo de Getúlio Vargas não sofria limitações.

No que tange à partilha de rendas, a Constituição de 1937 repetiu, em parte, o dispositivo da Constituição anterior, mantendo a competência dos Estados, agora exclusiva, de decretarem impostos sobre indústrias e profissões, para posterior arrecadação partilhada com os Municípios⁹⁰.

O restabelecimento de um federalismo baseado em planos de ações, que adequasse a forma de Estado federalista com a realidade, foi operado apenas com Constituição de 1946. Esta foi edificada logo após a 2ª Guerra

⁸⁶ Art. 176 da Constituição de 1937. Resultado: apenas o nome do governador de Minas Gerais, Benedito Valadares, foi confirmado por Vargas. Outros ex-governadores passaram a deter o título de interventores dos Estados-membros.

⁸⁷ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 9-10. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 42. Nisso reside, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, o caráter “centralizador e antifederal” da Constituição de 1937 (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**: lições introdutórias. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362).

⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 66.

⁹⁰ “Art 23 - É da competência exclusiva dos Estados: I - a decretação de impostos sobre: (...) f) indústrias e profissões; (...) § 2º - O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e, pelo Município em partes iguais.”

Mundial, quando já se tinha encerrado o Estado Novo protagonizado por Vargas, revela um caráter social-democrata⁹¹ e uma preocupação desenvolvimentista⁹².

Ressalte-se que a redivisão de poder entre Estado-Central e Estados-Membros “aconteceu pela via do federalismo fiscal financeiro, isto é, maior repartição das receitas e despesas federais. A relação financeira do Estado Federal foi estabelecida através do orçamento federal”⁹³. Inclusive, o artigo 5º da Constituição de 1891, atinente à prestação de socorro pela União aos Estados em caso de calamidade pública, foi repetido na Carta de 1946⁹⁴. Mas não é só.

Relativamente à partilha de rendas, resgataram-se as disposições da Constituição de 1934, prevendo a competência concorrente da União e dos Estados para a criação de novos impostos, os quais seriam arrecadados pelos Estados e parcialmente destinados à União e aos Municípios, em percentuais agora atualizados⁹⁵.

A Constituição de 1946 também inovou o ordenamento jurídico pátrio ao firmar que os Municípios receberiam, ainda, percentuais de impostos federais e estaduais e, de igual forma, aos Estados seria repassado parte do que a União auferisse com a arrecadação dos impostos federais⁹⁶.

⁹¹ FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

⁹³ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 9-10. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁹⁴ Art. 18, § 2º.

⁹⁵ “Art 21 - A União e os Estados poderão decretar outros tributos além dos que lhe são atribuídos por esta Constituição, mas o imposto federal excluirá o estadual idêntico. Os Estados farão a arrecadação de tais impostos e, à medida que ela se efetuar, entregarão vinte por cento do produto à União e quarenta por cento aos Municípios onde se tiver realizado a cobrança.”

⁹⁶ Vide arts.15, III, § 2º, e 20. “Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre: (...) III - produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica; (...) § 2º - A tributação de que trata o nº III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal. (...) § 4º - A União entregará aos Municípios, excluídos os das Capitais, dez por cento do total que arrecadar do imposto de que trata o nº IV, feita a distribuição em partes iguais e aplicando-se, pelo menos, metade da importância em benefícios de ordem rural.” E “Art 20 - Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, exceder, em Município que não seja o

As regiões economicamente menos desenvolvidas (Norte e Nordeste) passam a ser apoiadas financeiramente de forma sistemática e estrutural e não mais só emergencialmente. “Encontram-se aí as primeiras preocupações e os primeiros mecanismos objetivando um certo reequilíbrio estrutural e compensatório entre os Estados membros da federação brasileira”⁹⁷. Não é sem razão que, nesse momento histórico, se criou o Banco do Nordeste do Brasil – BNB e a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – Sudene⁹⁸. “Verifica-se o desenvolvimento de cooperação, a assimetria constitucional para a correção da assimetria de fato”⁹⁹. Desde aí, todas as Constituições reservam esforços para a superação das desigualdades regionais.

Essa descentralização fiscal-financeira da União em favor dos subsistemas nacionais, no entanto, foi abalada em razão do golpe militar de 1964. Apesar de a Constituição de 1946 continuar formalmente vigente nos primeiros anos do governo militar¹⁰⁰, o modelo federal foi fissurado e teve que se readaptar à nova realidade posta.

da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-á anualmente trinta por cento do excesso arrecadado.”

⁹⁷ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 10. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁹⁸ “Partindo do pressuposto de que não existe plano de desenvolvimento sem política de desenvolvimento”, a SUDENE (criada pela Lei n. 3.692, de 15/12/1959), procurou, por seu Conselho Deliberativo, vincular o problema do desenvolvimento ao debate político regional. No Conselho Deliberativo da SUDENE, órgão federal de planejamento regional, participavam os governos estaduais, o que “quebrava a prática centralizada do planejamento nacional, além de ter relevância na tentativa de reestruturação do federalismo brasileiro, envolvendo, efetivamente, os governos federal e estaduais, com a sua participação conjunta em programas e projetos comuns”. Dos 22 membros do Conselho Deliberativo da SUDENE, 9 eram indicados pelos governadores do Nordeste. “Esta participação direta dos Governadores legitimava e dava força às decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo” (p. 45). “O objetivo, além de lidar com as questões regionais específicas, era poder influir nas decisões de política nacional, para que nenhuma medida fosse tomada sem levar em conta seus efeitos no Nordeste, tornando a SUDENE uma espécie de ‘contrapeso’ à influência do poder econômico do setor industrial do Centro-Sul no âmbito do Poder Executivo” (p. 45). “O Conselho Deliberativo concretizava um federalismo regionalizado, tentando soldar os Estados em um novo pacto federativo, de caráter regional, para refazer o pacto federativo nacional” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43-46).

⁹⁹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 258.

¹⁰⁰ Por obra do artigo 1º do Ato Institucional n. 1, que assim o determinava. E a Constituição de 1946 continuou “vigente” até que foi outorgada a nova Constituição, em 1967. Cf.: “Art. 1º São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes neste Ato”.

Com efeito, o ano de 1964 marcou um momento importante de redefinição das condições de financiamento do setor público. Foram criadas as poupanças compulsórias, além do que foi ampliado o poder de gasto da União e a capacidade de expandir o crédito ao setor privado e às outras esferas de governo. Por meio da Lei n. 4.320, de 17.3.1964, pela primeira vez no direito brasileiro, definiu-se “fundo”¹⁰¹.

(...) as alterações no sistema tributário provocaram a centralização da receita em mãos da esfera federal e reduziram as prerrogativas dos governos subnacionais nas áreas tributária e fiscal. O reconhecimento de que os estados e municípios perderiam participação na distribuição dos recursos tributários levou o governo a criar os fundos de participação (FPE e FPM), beneficiando as unidades de menor poder econômico, como forma de compensar a profunda desigualdade de poder fiscal entre elas.¹⁰²

Foi, então, que, em 1º.12.1965, adveio a Emenda Constitucional n. 18, que, a pretexto de reformar o sistema tributário da época, fixou o rol exaustivo de impostos componentes do sistema tributário nacional¹⁰³. No bojo deste mesmo instrumento normativo, foi, pela primeira vez, previsto o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI¹⁰⁴ e criado o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, que cometia à lei complementar a regulamentação de sua aplicação¹⁰⁵.

¹⁰¹ “Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.”

¹⁰² LOPREATO, Francisco Luiz C. Um novo caminho do federalismo no Brasil? In: **Economia e Sociedade**. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 95-96.

¹⁰³ “Art. 5º Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam desta Emenda, com as competências e limitações nela previstas.” Suprimindo, por conseguinte, o artigo 21 da Constituição de 1946 (a possibilidade de criação de novos tributos pela União e Estados e consequente distribuição do seu produto pelos Estados à União e aos Municípios).

¹⁰⁴ “Art. 11. Compete à União o impôsto [sic] sôbre [sic] produtos industrializados.”

¹⁰⁵ “Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo 8º, nº II, e o art. 11, 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei complementar, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo e a autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente 50% (cinquenta por cento), pelo menos, ao seu orçamento de capital.” Como resultado dos seus cinquenta anos de existência na experiência brasileira, Alexandre Rocha informa que “os

Em se tratando de distribuição de receitas tributárias, a Reforma Constitucional de 1965 estatuiu a participação dos Estados e dos Municípios no produto da arrecadação de alguns impostos da União (artigos 20, 22 e 23)¹⁰⁶ e a destinação de percentuais da arrecadação de alguns impostos federais ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM (artigo 21)¹⁰⁷.

Nesse contexto, foi editado o Código Tributário Nacional – CTN, instituído pela Lei n. 5.172/66, que entrou em vigor em 1967. A par de tantas

indicadores do Nordeste e Norte permanecem estacionados um pouco acima de, respectivamente, 40% e 60% da média brasileira. Enquanto isso, houve um claro processo de convergência entre as rendas *per capita* das regiões Centro-Oeste e Sul, de um lado, e Sudeste, de outro” (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 18).

¹⁰⁶ “Art. 20. Serão distribuídas pela União: I - aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o artigo 8º, nº I [ITR]; II - aos Estados e aos Municípios, o produto da arrecadação, na fonte, do imposto a que se refere o art. 8º, nº II [IR], incidente sobre a renda das obrigações de sua dívida pública e sobre os proventos dos seus servidores e dos de suas autarquias. Parágrafo único. As autoridades arrecadoras dos tributos a que se refere este artigo farão entrega aos Estados e Municípios das importâncias recebidas correspondentes a estes impostos, à medida em que forem sendo arrecadadas, independentemente da ordem das autoridades superiores, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data do recolhimento dos mesmos tributos, sob pena de demissão. (...) Art. 22. Sem prejuízo do disposto no art. 21, os Estados e Municípios que celebrem com a União convênios destinados a assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos, especialmente no campo da política tributária, poderão participar de até 10% (dez por cento) da arrecadação efetuada, nos respectivos territórios, proveniente do imposto sobre o rendimento das pessoas físicas, e no art. 11, excluído o incidente sobre fumo e bebidas alcoólicas. Art. 23. Do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 16 [combustíveis, energia e minerais], serão distribuídas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios 60% (sessenta por cento) do que incidir sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes e energia elétrica, e 90% (noventa por cento) do que incidir sobre operações relativas a minerais do País. Parágrafo único. A distribuição prevista neste artigo será regulada em resolução do Senado Federal, nos termos do disposto em lei complementar, proporcionalmente à superfície e à produção e ao consumo, nos respectivos territórios, dos produtos a que se refere o imposto.”

¹⁰⁷ “Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo 8º, nº II [IR], e o art. 11 [IPI], 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei complementar, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo e a autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente 50% (cinquenta por cento), pelo menos, ao seu orçamento de capital. § 3º Para os efeitos de cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação exclui-se, do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 8º, nº II, a parcela distribuída nos termos do art. 20, nº II.”

novidades na ordem tributária¹⁰⁸, regulamentou o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, separadamente do Fundo de Participação dos Municípios¹⁰⁹.

Naquele momento, então, 10% (dez por cento) do produto da arrecadação da União com os impostos sobre a renda – IR e sobre produtos industrializados – IPI, depois de descontados os incentivos fiscais vigentes à época, restituições e outras deduções legais referentes a esses impostos, eram repassados aos Estados e Distrito Federal à título de FPE.

As transferências seriam feitas segundo coeficientes variáveis sistematizados nos artigos 88, 89 e 90 do CTN, fixados proporcionalmente aos fatores de representatividade que elegeu: área de cada estado (com peso de 5%) e resultado da multiplicação dos fatores representativos da população e do inverso da renda *per capita* (peso de 95%). Nisso, levava em conta os três critérios clássicos de demanda por serviços públicos¹¹⁰.

Com a Constituição de 1967, confirmou-se a tendência à centralização política no Brasil, fazendo-o voltar novamente para o centro, como em um movimento centrípeto¹¹¹. Dentre as reformas institucionais que promoveu, registram-se “profundas reformas nos campos fiscal e financeiro, alterando

¹⁰⁸ Do tipo: permissão para que os Estados e o Distrito Federal instituíssem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias no plano estadual, o imposto sobre Produtos Industrializados no nível federal, o imposto sobre Transportes Rodoviários e o Imposto Sobre Operações Financeiras.

¹⁰⁹ *In verbis*: “Art. 86. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 43 e 46, 80% (oitenta por cento) constituem a receita da União e o restante será distribuído à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. (...) Art. 88. O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a que se refere o artigo 86, será distribuído da seguinte forma: I – 5% (cinco por cento) proporcionalmente à superfície de cada entidade participante; II – 95% (noventa e cinco por cento), proporcionalmente ao coeficiente individual de participação, resultante do produto do fator representativo da população pelo fator representativo do inverso da renda per capita, de cada entidade participante, como definidos nos artigos seguintes. Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, consideram-se: I – a superfície territorial apurada e a população estimada, quanto à cada entidade participante, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; II – a renda per capita, relativa a cada entidade participante, no último ano para o qual existam estimativas efetuadas pela Fundação ‘Getúlio Vargas’.”

¹¹⁰ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 23.

¹¹¹ FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

voluntária e diretamente a relação fiscal-financeira entre estados, municípios e governo federal”¹¹². O FPE, contudo, foi mantido em termos bem semelhantes àqueles utilizados na égide da Constituição de 1946¹¹³.

Todavia, após a crise política de 1968, as transferências operadas pela União por meio dos fundos de participação foram reduzidas pela metade e o controle sobre a aplicação dos recursos tornou-se rígido¹¹⁴. O Ato Complementar n. 40, de 30.12.1968, exigindo a existência de critérios concretos para sua aplicação, normatizava a entrega dos recursos aos entes desde que atendidas quatro condições¹¹⁵: a) a aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) a vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução dos mencionados programas; c) a transferência efetiva para os Estados, Distrito Federal e

¹¹² AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 8-12. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

¹¹³ “Art 26 - Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 22, n.ºs IV e V, oitenta por cento constituem receita da União e o restante distribuir-se-á, à razão de dez por cento, ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e dez por cento, ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º - A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das cotas estaduais e municipais, independentemente de autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega mensalmente, por intermédio dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º - Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente cinquenta por cento, pelo menos, ao seu orçamento de capital.”

¹¹⁴ LOPREATO, Francisco Luiz C. Um novo caminho do federalismo no Brasil? In: **Economia e Sociedade**. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 96.

¹¹⁵ O artigo 26 da Constituição de 1967 passou a vigor com a seguinte redação: “Art. 26 - Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 22, n.ºs IV e V, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte: I - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; II - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; III - dois por cento ao Fundo Especial a que se refere o § 3º deste artigo. § 1º - A aplicação dos Fundos previstos nos incisos I e II deste artigo será regulada por lei federal, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das cotas estaduais e municipais, condicionando-se a entrega das cotas: a) à aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas, pelo Poder Executivo federal; b) à vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para execução dos programas referidos na alínea a; c) à transferência efetiva para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de encargos executivos da União; d) ao recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e à liquidação das dívidas dessas entidades, ou de seus órgãos da Administração Indireta, para com a União, inclusive em decorrência de prestação de garantia. § 2º - Para efeito do cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, exclui-se a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 24, § 1º e 25, § 1º, letra a, pertencente, aos Estados e Municípios. § 3º - O Fundo Especial terá sua destinação regulada em lei tendo em vista a aplicação do sistema tributário estabelecido nesta Constituição.”

Municípios de encargos executivos da União; e d) o recolhimento dos impostos federais arrecadados e liquidação das dívidas dessas entidades, ou de seus órgãos da Administração Indireta, para com a União, inclusive em decorrência de prestação de garantia (CF/67, art. 26, com a redação dada pelo AC 40/68), o que foi mantido na redação original da Emenda Constitucional nº 1/69¹¹⁶.

Aliás, a Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, robusteceu a tendência centralizadora da Constituição de 1967. Na mesma esteira da Reforma Constitucional de 1926, que dilatava as competências e atribuições legislativas do governo central, em 1969 também se concedeu a superioridade financeira da União e incumbiu a um órgão seu a solução dos conflitos entre os entes federativos, desmerecendo a autonomia estadual¹¹⁷.

No que concerne à competência tributária, manteve-se a orientação da Emenda Constitucional n. 18/1965, passando a prever que a União teria a competência residual para a decretação de outros impostos. Verificou-se, ainda, maior participação percentual dos Municípios nos impostos da União e dos Estados e destes em impostos federais, como também a manutenção dos Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

Durante o governo militar no Brasil, foi ampliada a política de desenvolvimento regional, marcada pela manutenção da Sudene e do BNB além

¹¹⁶ “Art. 25. Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do artigo 21, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte: I - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; II - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; e III - dois por cento a Fundo Especial que terá sua aplicação regulada em lei. § 1º A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada por lei federal, que incumbirá o Tribunal de Contas da União de fazer o cálculo das quotas estaduais e municipais, ficando a sua entrega a depender: a) da aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) da vinculação de recursos próprios, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, para execução dos programas citados na alínea a; c) da transferência efetiva, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de encargos executivos da União; e d) do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia. § 2º Para efeito de cálculo da porcentagem destinada aos Fundos de Participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos artigos 23, § 1º, e 24, § 2º, pertence aos Estados e Municípios.”

¹¹⁷ “Nunca estivemos tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, como naqueles anos de incerteza e perplexidade” em que esteve vigente o Ato Institucional n. 5. (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 319).

da criação da Superintendência de Desenvolvimento para a Amazônia – Sudam e da Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, passando o Federalismo brasileiro de uma “federação de estados” para uma “federação de regiões”¹¹⁸. A multiplicação desses mecanismos de desenvolvimento regional e equalização estrutural, bem como a consolidação dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, fazem o sistema federal brasileiro em muito avançar.

Assim, o federalismo que se desenvolveu a partir do Movimento de 1964 até a Constituição de 1988, foi classificado como um “federalismo orgânico” – em que os poderes são superpostos e as unidades federadas “se formam à simples imagem e semelhança de um todo-poderoso poder central”, no que estaria excluída a característica mais importante do federalismo “que é a maior liberdade das instâncias políticas descentrais, autônomas e aproximadas da sociedade”¹¹⁹ – e, eufemisticamente, como um “federalismo de integração”¹²⁰.

No tocante especificamente ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, sucessivas normas (EC n. 5/1975¹²¹, EC n. 17/1980¹²², EC n. 23/1983¹²³ e EC n. 27/1985¹²⁴) vieram a ser editadas para alterar o quanto percentualmente lhe seria destinado.

¹¹⁸ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 8-12. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

¹¹⁹ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 65-66.

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59. A expressão “federalismo de integração” foi esboçada pelo então Ministro da Justiça do governo Médici, Alfredo Buzaid, “que considerava o desenvolvimento e a segurança nacional como fundamentos do novo federalismo”. Para Buzaid, “o ‘federalismo de integração’ iria além do federalismo cooperativo, atribuindo à União os poderes necessários para dirigir a política nacional, evitar conflitos com as unidades federadas e promover o desenvolvimento econômico com o máximo de ‘segurança coletiva’” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 50-51).

¹²¹ Apresentou percentuais diminuídos sobre os quais seriam repartidas as receitas tributárias da União, auferidas a partir da arrecadação do IR e do IPI. Em 1976, 6% (seis por cento) do produto seria repassado para o FPE, em 1977, 7% (sete por cento), em 1978, 8% (oito por cento), para, então, ser concretizado o percentual disposto no inciso I do artigo 25 da Constituição vigente, de 9% (nove por cento).

¹²² Novamente alterou a redação do artigo 25 da então vigente Carta Federal, agora ampliando para 11% a cota de participação dos Estados e Distrito Federal no produto arrecadado pela União com os impostos descritos nos incisos IV e V do artigo 21. Além disso, designou que lei federal regulasse a aplicação dos Fundos, sem, por isso, dispensar a fixação de critérios (nova redação do § 2º do Art. 25 da Constituição vigente).

¹²³ Determinou verter 14% ao FPE.

(...) desde o início dos anos oitenta houve uma forte elevação das transferências de impostos federais em favor dos governos subnacionais. A fração dos dois principais impostos federais sobre a renda (IR) e sobre o valor adicionado pela indústria (IPI) transferida aos fundos de participação dos estados (FPE) e dos municípios (FPM) aumentou de 18 para 44 por cento entre 1980 e 1990. Se incluirmos todas as transferências constitucionais, chega-se a uma parcela transferida de 47 por cento do IR e de 57 do IPI. Em 1980, esse total era de 20 por cento.¹²⁵

A Constituição de 1988 fez restabelecer o equilíbrio federativo incompatível com o regime militar que sucedeu¹²⁶, refundando¹²⁷ o federalismo cooperativo no Brasil¹²⁸. Seu preâmbulo¹²⁹ já faz alusão a que, para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, se promulgava a Constituição da República *Federativa* do Brasil.

No artigo 1º da Constituição de 1988¹³⁰, o princípio federativo é apresentado como um princípio fundamental da Lei Maior¹³¹, estruturante do

¹²⁴ Mantido o percentual de 14% previsto na Emenda de 1983.

¹²⁵ SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. "O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões", p.5. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013.

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 66.

¹²⁷ "A Federação não apenas se restaurou com a Lei Fundamental de 1988. Antes, ela se recriou nessa Constituição" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 237).

¹²⁸ "O Federalismo Cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção. Antes, portanto, de o Estado Social estar em contradição com o Estado federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social" (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57).

¹²⁹ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL."

¹³⁰ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. (...)"

¹³¹ A propósito, da primeira parte deste artigo 1º, extraem-se os princípios fundamentais relativos à existência e formas de Estado e de seu governo: o princípio federativo (em sentido estrito), o

Estado¹³² ou, nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho, um “princípio político constitucionalmente conformador”¹³³.

Consoante José Afonso da Silva, o artigo definido “a”, que precede a fórmula “República Federativa do Brasil”, aposta no artigo 1º da Constituição, quer exprimir “um juízo de preexistência, que denota que a Constituição não instituiu a República Federativa, mas a tem como um signo do passado, e como tal a recebe a pereniza”¹³⁴. A República brasileira alberga uma Federação que é formada pela aliança indissolúvel da União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal¹³⁵.

Compreende-se que, mesmo a União não tendo sido referida *ipsis litteris* no artigo 1º, o substantivo “união” empregado no texto constitucional, que é “qualidade do vínculo agregador das entidades federadas”¹³⁶, apresenta a União¹³⁷ como ente federado parcial, como célula política que “realiza, concretiza e manifesta esse elo constitucional e o assegura de maneira incontornável”¹³⁸.

princípio da indissolubilidade da Federação e o princípio republicano (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32).

¹³² MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 121. Ou seja, eleita, pelo constituinte originário, como a forma do Estado que se está a constituir, deve-se proceder à institucionalização da Federação, definindo o “seu feito peculiar no sistema” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 171).

¹³⁴ “É uma cláusula que vale tanto quanto dizer: o Brasil continua a ser uma República Federativa. O artigo ‘a’, no caso, expressa uma vinculação histórico-universal, de modo que a oração, com ele, se converte em juízo universal positivo de determinação, ou seja, em esquema diretivo de ação universal com respeito à função diretiva, ou, na forma tradicional, em ‘imperativo categórico’” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33). Para Ives Gandra Martins, “(...) o Brasil nunca foi uma Federação de fato, apesar de ser uma Federação legal deste 1891” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 4).

¹³⁵ A simples leitura pode dar a entender que é a República que é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, mas não é isso. Como assinala José Afonso da Silva, “Em lugar de selecionar uma dimensão de sentido, o contexto normativo registra a linguagem simbólica que vem do contexto histórico (Decreto 1/1889), em que se oculta a riqueza da palavra ‘Federação’, menoscabada num simples qualificante da República” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34).

¹³⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 237.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 470.

¹³⁸ “É a qualidade da indissolubilidade do vínculo entre as entidades componentes da Federação brasileira que torna a União (pessoa política nomeada no art. 18) a que representa o todo e instrumentaliza aquela condição do elo firmado e afirmado entre os componentes federativos”

O modelo federal enunciado já no artigo 1º da Constituição conta com importante mecanismo de proteção, estatuído no artigo 60, § 4º, inciso I, que veda toda e qualquer emenda sequer tendente a abolir a forma federativa de Estado¹³⁹. Daqui é que se extrai que o constituinte originário aderiu ao princípio da intangibilidade federal, ao qual Cristiano Franco Martins classifica como “princípio de manutenção”¹⁴⁰ da federação brasileira.

A descentralização política, por sua vez, é apresentada pela Constituição no seu artigo 18, o qual define que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos¹⁴¹, nos termos desta Constituição”, o que pressupõe serem todos os entes federativos dotados de autogoverno¹⁴², auto-administração¹⁴³ e autolegislação¹⁴⁴.

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 237).

¹³⁹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; (...)”

¹⁴⁰ Ou seja, de preservação da federação (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 103 e ss. e 143). A propósito, ao ver deste autor, se caso o princípio federativo não fosse explícito em providenciar sua proteção por meio de cláusula pétrea, tarjando-o de limite material do poder de reforma, mesmo assim, implicitamente o princípio da intangibilidade federal funcionaria como um limite material ao poder de reforma constitucional (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 104).

¹⁴¹ Para Ives Gandra, seria desnecessária a expressão “todos autônomos”, uma vez que o preâmbulo e o artigo 1º da Constituição já explicitaram a opção política de constituir Estado Federal e a autonomia é da essência da Federação (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 8).

¹⁴² “(...) capacidade de tomar decisões políticas próprias, de definir seu próprio destino” (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65).

¹⁴³ “(...) capacidade de realizar, pelos seus próprios meios, suas decisões políticas e de por em prática suas próprias leis. Compreende não apenas a possibilidade de compor um corpo administrativo, mas também a concreta disponibilidade de recursos financeiros para realização dos fins pretendidos” (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66).

¹⁴⁴ “(...) capacidade de elaborar suas próprias leis”, que abarca a auto-organização: “(...) capacidade de elaborar sua própria Constituição, de organizar a si próprio” (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65, 68). Em mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 207.

Visando a preservar o equilíbrio federativo, o artigo 19 apresenta algumas vedações de índole federativa¹⁴⁵, por exemplo, a proibição de os entes recusarem fé¹⁴⁶ aos documentos públicos¹⁴⁷ (inciso II)¹⁴⁸, afinal deve haver “harmonia e respeito mútuo entre os componentes da Federação. (...) Se umas negassem fé a documentos de outras, a consequência seria o desprestígio dos documentos públicos em geral e o estabelecimento da insegurança jurídica”¹⁴⁹.

Outra vedação é a que se assenta sobre os princípios da unidade da nacionalidade e o da paridade entre entidades da federação, cuida da impossibilidade de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, direito e garantia individual, assegurado pelo princípio da isonomia do artigo 5º, *caput* e inciso I¹⁵⁰.

¹⁴⁵ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.” A justificativa para ter o constituinte fixado essas vedações, Ives Gandra a compreende assim: “(...) a autonomia federativa subordina-se ao interesse maior da comunidade, não podendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criar obstáculos, a título de vivenciar sua plena liberdade, aos padrões constitucionais de que goza a sociedade. (...) O Texto, portanto, é mais destinado a garantir o cidadão do que o Estado” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 31-32).

¹⁴⁶ Apoiando na lição de Luiz Augusto Paranhos Sampaio, Ives Gandra esclarece que “fé pública significa a credibilidade e a autenticidade que devem ser conferidas aos fatos e aos documentos públicos para que tenham eficácia e valor” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 39).

¹⁴⁷ Com base na lição de De Plácido e Silva, Ives Gandra informa que documentos públicos “são todos os atos escritos e passados por serventuários públicos nos livros de seu ofício ou cartório, ou em repartição pública, segundo as prescrições e formalidades legais, exigidas para sua autenticidade e legalidade” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 39).

¹⁴⁸ Esta proibição constou em todas as Constituições a partir de 1891: art. 66, 1º, CF/1891; art. 17, inc. V, CF/1934; art. 33, CF/1937; art. 31, IV, CF/1946; e art. 9º, III, CF/1967.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 251.

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 42. É que a letra do art. 5º da Constituição afirma que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”. “Apesar de repetitivo o disposto no inc. III, entendo tenha sido colocado para evitar clientelismo político, realçando o que se encontra veiculado em outros cantos da Constituição, ou seja, de que não mais haverá o que, no tempo, tornou o Estado brasileiro inchado, a saber: a preferência pelos funcionários da Administração, direta e indireta, não-concursados, mas com amigos fortes, em

A União¹⁵¹ é a pessoa jurídica de direito público interno que, dotada de capacidade política, ora representa a si própria, ora toda a federação – por exemplo para firmar relações jurídicas com pessoas de direito internacional, mesmo que intermediando interesses de outros entes federados. Ela (a União) é titular de direitos reais e pode ser de direitos pessoais. A lista dos seus bens consta no artigo 20 da Constituição¹⁵².

Os Estados-membros têm sua autonomia garantida pelos artigos 25 a 28, 98 e 125 da Constituição Federal¹⁵³. Os Municípios e Distrito Federal,

detrimento de concursados, cuja força reside apenas em estarem melhor preparados. (...) A vedação, portanto, é salutar, muito embora o inc. III seja muito mais um direito do indivíduo, já plasmado no art. 5º, que uma vedação técnica ao exercício por parte dos entes federativos de ampla discricionariedade nas contratações” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 44).

¹⁵¹ “União” é diferente de “República”. Aquela tem personalidade jurídica interna e é autônoma; esta tem personalidade jurídica internacional e é soberana.

¹⁵² “Art. 20. São bens da União: (...). § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. (...)”

¹⁵³ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: (...). Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. (...) § 3º - Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos. § 4º - A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual. Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77. (...) § 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (...) Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar

igualmente foram aquinhoados com autonomia, prevista respectivamente nos artigos 29 a 31 e 32 do texto constitucional de 1988.

E, enquanto a Constituição Federal é Constituição da federação e da União, os artigos 25, 29 e 32 da Constituição Federal concedem aos legisladores constituintes de cada entidade federativa criar sua própria “Constituição”¹⁵⁴ – no âmbito dos Estados-membros, uma Constituição estadual¹⁵⁵; no dos Municípios e Distrito Federal, Lei orgânica¹⁵⁶.

Para a consecução dessa tarefa, a Constituição Federal impõe várias normas de simetria¹⁵⁷ às “Constituições” dela decorrentes. De estrita relevância para o tema, insta consignar que, de acordo com o artigo 34, inciso VII,

casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. (...) Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (...) Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (...)”

¹⁵⁴ O artigo 11 do ADCT assinou prazos, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, para que Estados-membros e Municípios fizessem isso: “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta. Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

¹⁵⁵ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

¹⁵⁶ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.”

¹⁵⁷ Cristiano Franco Martins considera que o princípio da simetria é subprincípio dinâmico do princípio federativo, quer dizer, elemento que “(...) permite os ajustes necessários à própria sobrevivência do modelo [federal], redefinindo-o constantemente” (MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 110; 120-129).

o não cumprimento dos princípios inseridos na Constituição Federal¹⁵⁸ afigura uma das hipóteses de cabimento de intervenção federal¹⁵⁹.

Aliás, além dessa, há outras hipóteses de cabimento de intervenção para preservação do equilíbrio federativo. A intervenção pela União nos Estados e, a partir da Constituição Federal de 1988, também no Distrito Federal, estão arroladas nos demais incisos do mesmo artigo 34¹⁶⁰, enquanto aquelas de cabimento da intervenção dos Estados em seus Municípios ou da União em Municípios localizados em Território Federal estão dispostas no artigo 35 do texto constitucional sob análise¹⁶¹.

“A regra da intervenção é excepcionadora do princípio federativo que implica a regra da não-intervenção”¹⁶². A intervenção é a medida de autoridade tomada com o objetivo de manutenção da ordem, indissolubilidade da União e respeito a princípios constitucionais consagrados, nas hipóteses restritas do texto constitucional¹⁶³. Mesmo assim, é “antítese da autonomia”¹⁶⁴, pois, enquanto

¹⁵⁸ “Princípios constitucionais sensíveis”.

¹⁵⁹ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; (...) c) autonomia municipal; (...)”

¹⁶⁰ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; (...)”

¹⁶¹ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.”

¹⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 322.

¹⁶³ “Quando um estado-membro não cumpre os deveres que a Constituição federal lhe impõe (...) torna-se necessário, na medida em que o dever violado esteja estabelecido como dever jurídico, um ato coercitivo com o qual o ordenamento violado reage ao fato ilícito” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50). É sempre um movimento “de cima para baixo”, do Estado central em seus estados-membros ou dos Estados em seus Municípios ou a União em seus territórios federais. “A possibilidade de um ilícito imputável ao Estado central ou ao poder federal não é absolutamente cogitada, sendo assim a intervenção federal concebida apenas como ato coercitivo que o Estado central ou o poder

vigente, a entidade interventora, excepcionalmente, conserva a capacidade de gerir os negócios do ente que sofre a intermediação¹⁶⁵.

Dessa sorte, atendidos os pressupostos formais da intervenção, ou seja, o modo de sua efetivação, seus limites e requisitos¹⁶⁶ - o que inclui ouvir a opinião do Conselho da República (art. 90, inciso I) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 89, § 1º, inciso II) –, é compreendida como medida indispensável¹⁶⁷ à defesa do Estado¹⁶⁸, à defesa do princípio federativo¹⁶⁹, à defesa das finanças estaduais¹⁷⁰ ou à defesa da ordem constitucional¹⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal é apresentado como o guardião da Constituição pelo seu artigo 102, *caput*. Muitas de suas competências relacionam-se à preservação do princípio federativo, ao passo que deve dirimir conflitos de competências, provenientes da repartição de atribuições entre a União e os Estados-Membros¹⁷², verificar a compatibilidade dos ordenamentos jurídicos estaduais com as normas da Constituição Federal, em especial no pertinente aos

federal dirigem contra o estado-membro ou o estado singular” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52).

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 483; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 324.

¹⁶⁵ “*Punctum dolens* do Estado federal”, nos dizeres de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 483; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 324).

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326.

¹⁶⁷ Francisco Bilac Pinto Filho aponta que este instituto, para o qual a Constituição destinou três artigos, hoje é “atavio sem serventia”. Isso porque os Estados, “mais do que em qualquer outra época, sofrem intervenções brancas por causas pecuniárias, por não terem ingerência na macroeconomia ditada pela União Federal. (...) muitas hipóteses que ensejam Intervenção da União Federal, são relevadas e os objetivos ou são atingidos desvirtuadamente ou são esquecidos pelas autoridades” (PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. **A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 326).

¹⁶⁸ Art. 34, inc. I e II.

¹⁶⁹ Art. 34, inc. II a IV.

¹⁷⁰ Art. 34, inc. V.

¹⁷¹ Art. 34, inc. VI e VII.

¹⁷² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; (...)”

limites impostos àqueles¹⁷³, e aferir a necessidade de intervenção federal, quando pertinente¹⁷⁴.

A Federação, que ao STF incumbe proteger, passa a ser expressamente concebida como uma unidade composta de três ordens políticas, portanto tridimensional¹⁷⁵, o que é mais uma novidade da Constituição de 1988. Com essa característica inovadora, o federalismo pátrio não se cingiu ao federalismo de coordenação entre a União e os Estados-membros, mas fez instituir um “federalismo de 2º grau”¹⁷⁶ entre os Estados-membros e os Municípios.

Decorrência do reconhecimento desse “federalismo de três ordens”¹⁷⁷, o modelo de repartição de competências¹⁷⁸ entre os entes federativos faz jus a essa peculiaridade brasileira, delineando a feição nacional do

¹⁷³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

¹⁷⁴ “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”

¹⁷⁵ Ives Gandra Martins apresenta como justificativa para o fato de os Municípios nunca antes terem sido considerados entes da federação o motivo de eles (os Municípios), diferentemente dos Estados-membros, não se despojarem de soberania para atuarem com autonomia (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 5). A Constituição de 1967, por exemplo, outorgava aos Municípios autonomia, mas não os reconhecia como entes da Federação: “Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual; b) à organização dos serviços públicos locais. § 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação: (...)”

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

¹⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

¹⁷⁸ Essas competências são do tipo normativas (arts. 22 e 24), materiais (arts. 21 e 23) e tributárias (arts. 145-162).

Federalismo pátrio¹⁷⁹, sendo do tipo exclusivas e privativas¹⁸⁰, concorrentes da União, Estados-membros e Distrito Federal e comuns a todas as entidades federadas. Residualmente a competência legislativa é dos Estados-membros¹⁸¹.

Vale destacar outra singularidade trazida pela Constituição de 1988 em matéria de Federalismo: a teor do parágrafo único do seu artigo 22, questões específicas¹⁸² atinentes às competências privativas¹⁸³ da União podem ser delegadas, mediante autorização, exclusivamente, ao desempenho dos Estados-membros e Distrito Federal¹⁸⁴. A delegação legislativa prevista neste dispositivo

¹⁷⁹ É o modelo de repartição de competências adotado pela Federação que define o modelo de Federação que um dado Estado decidiu constituir (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 176). “(...) ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 311). Nesse mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 105; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 260; e BERCOVICI, Gilberto. “O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa”. In: **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, edição especial, abr/maio, 2008, p. 7. “No nível político-institucional, a centralização de poder própria do regime autoritário já chegou ao fim, a partir da tentativa embrionária, representada pela constituição de 1988, de repartição de poderes, descentralização de decisões e, naturalmente, recuperação da estrutura e dos ideais federativos” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 11).

¹⁸⁰ Os artigos 21 (competências exclusivas) e 22 (competências privativas) contemplam tanto competências nacionais quanto competências federais da União.

¹⁸¹ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

¹⁸² Por “questões específicas”, Cármen Lúcia elucida tratar-se de “aquelas que não traduzem a essência do instituto ou da ‘matéria’ cuidada pelo legislador, vale dizer, aquelas que podem ser consideradas como devendo ou podendo receber tratamento diferenciado segundo as peculiaridades de cada qual dos Estados-membros da Federação” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 242). Logo, só pode haver delegação aos Estados em matérias que tais no caso de a União já ter legislado sobre as “questões gerais” que tocam o tema. Ademais, vale adicionar que a lei complementar referida no parágrafo único do art. 22, precisa ser objetiva no que pertine à extensão da autorização, pois “não pode se constituir em gazua para abrir qualquer porta, inclusive a de uma pluralidade desmedida no tratamento legislativo de uma matéria, sendo apenas uma chave para um cuidado normativo específico” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 243).

¹⁸³ José Afonso da Silva distingue essas matérias da competência legislativa da União, classificando-as como “de direito material” (administrativo e não-administrativo ou substancial) e “de direito formal” (processual). Cf.: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264.

¹⁸⁴ “Art. 22. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Ressalte-se que a delegação será dada a todos os Estados-membros e Distrito Federal, não podendo ser específica a um só Estado, por exemplo.

constitucional, no entanto, não faz reverter a regra da indelegabilidade das funções atribuídas a cada uma das entidades federativas¹⁸⁵, a bem do próprio sistema federal, para fins de assegurar a autonomia de cada um dos entes da Federação.

O que se opera aqui é uma espécie de transfiguração de uma competência privativa da União em uma competência concorrente¹⁸⁶, sempre que o legislador complementar, autorizado pelo constituinte, delegar aos Estados-membros a especificação de questões¹⁸⁷ já tratadas de forma geral pela União, de maneira que se adequem à realidade particular¹⁸⁸.

Paralelamente às competências do tipo exclusivas e privativas, a Constituição brasileira de 1988, como várias Constituições recentes no mundo¹⁸⁹, prevê competências concorrentes dos entes da Federação. Quer dizer, a função legislativa quanto às matérias tratadas pelo artigo 24 é repartida entre a União, Estados-membros e Distrito Federal¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Consoante Cármen Lúcia, são quatro os fundamentos da indelegabilidade relativa de competências entre entidades políticas da Federação: a) própria natureza do princípio federativo; b) princípio da supremacia da Constituição; c) princípio do devido processo legal; e d) princípio da unidade harmoniosa (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 241-242).

¹⁸⁶ Embora não se confundam “competência privativa” e “competência concorrente”. Até porque no caso do parágrafo único do art. 22, a lei complementar autorizativa dos Estados para que detalhem a lei geral da União pode, a qualquer tempo, ser revogada. Diferente é no caso das competências concorrentes (art. 24), cujas matérias não podem ser tratadas à exaustão pela União, por expressa determinação constitucional.

¹⁸⁷ Frise-se que, na hipótese do parágrafo único do art. 22, os Estados delegatários não podem legislar plenamente sobre a matéria, mas, tão só, sobre “questões específicas”.

¹⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 243.

¹⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 185. Esta é uma “tendência que se consolida no sistema federal, qual seja, a de explorar, em favor dos Estados-membros, o setor da legislação concorrente, para compensar a perda de substância que se verifica na área dos poderes reservados” (HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 311-313).

¹⁹⁰ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas

Conquanto os Municípios não tenham sido mencionados no *caput* do dispositivo referido, o artigo 30, inciso II, materialmente, faz inclui-los também na concorrência da competência legislativa da União, Estados-membros e Distrito Federal¹⁹¹, possibilitando a eles que suplementem a legislação federal ou estadual, o que pressupõe a edição prévia dessas leis¹⁹².

Apesar de não ser completamente nítida a linha que demarca uma “norma geral”¹⁹³ (da competência da União) de uma “norma específica” (da competência dos Estados-membros e Distrito Federal), afinal também não é claro a distinção entre interesse geral e interesse particular¹⁹⁴, o que é importante destacar é que nenhuma das entidades federativas tem competência legislativa plena nas matérias alistadas no artigo 24 como de competência concorrente.

Omitindo-se a União de legislar originariamente sobre os temas alistados no artigo 24, muito embora detenha precedência legislativa¹⁹⁵, a Constituição faculta ao Estado-membro exercer “competência legislativa plena” (competência supletiva) quanto a eles. Se assim não fosse, os Estados-membros e Distrito Federal seriam limitados pela União de exercer sua competência legislativa conferida pelo texto constitucional, já que não há como especificar assunto que não tenha sido antes tratado de forma geral.

causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

¹⁹¹ “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)”

¹⁹² Sua atividade legiferante só não poderá ser plena, como seria a dos Estados-membros e Distrito Federal no caso de a União se demorar a publicar normas gerais a respeito. Ela, por isso, ocorrerá sempre em momento posterior, para atender ao interesse local.

¹⁹³ As normas gerais “devem se reportar ao interesse fundamental da ordem federativa” (BERCOVICI, Gilberto. “O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa”. In: **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, edição especial, abr/maio, 2008, p. 4).

¹⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 247.

¹⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 2.

Agora, assim que a União vier a exercer sua competência legislativa, suspende-se a eficácia da lei estadual¹⁹⁶, no que lhe for contrário, haja vista ser a competência irrenunciável, intransferível e impostergável, ainda que exercida morosamente¹⁹⁷.

Por fim, as competências comuns, descritas no artigo 23 da Constituição, referem-se a funções administrativas – atribuições específicas nos campos da economia, do social e do administrativo¹⁹⁸ – que, porque sobre elas não pende conflito¹⁹⁹, devem ser partilhadas pelos diversos entes da Federação, em condições iguais entre todos²⁰⁰. “O que marca as competências comuns é a difusão dos interesses que se encontram subjacentes e que determinam um condomínio de atuações”²⁰¹.

Apenas com vistas a evitar conflitos positivos ou negativos de competência e a assegurar que a cooperação se faça de forma eficiente, o parágrafo único do mesmo artigo 23 firma que “leis complementares fixarão

¹⁹⁶ O que quer dizer que, se a lei federal superveniente vier a ser revogada, a lei estadual recuperará sua eficácia e passará outra vez a vigor plenamente (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 277).

¹⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 250.

¹⁹⁸ Estão no “campo da competência-dever” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273).

¹⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 374.

²⁰⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

²⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 253.

normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

As competências exclusivas da União estão arroladas no artigo 21 do texto constitucional. A primeira delas é a competência internacional (incisos I a IV) de manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, declarar a guerra e celebrar a paz, assegurar a defesa nacional e permitir, nos casos previstos na legislação complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

As competências materiais exclusivas da União abarcam inclusive competências do tipo políticas – como decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal e conceder anistia – e outras administrativas, também relacionadas às áreas de prestação de serviços, urbanística, econômica, financeira e social²⁰².

Relativamente à repartição de competências tributárias, a Constituição de 1988 fundou subsistema próprio²⁰³ em capítulo específico²⁰⁴, em que enumera as competências tributárias das entidades federativas para a instituição de impostos²⁰⁵, reservando para a União o exercício da competência tributária residual²⁰⁶ e extraordinária²⁰⁷.

²⁰² Essa classificação foi elaborada por José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494-499; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 260).

²⁰³ “Sistema tributário nacional”.

²⁰⁴ Capítulo I do Título VI (arts. 145 a 162). A repartição de receitas tributárias, muito embora esteja inserta no capítulo do “Sistema Tributário” na Constituição de 1988, é matéria de direito financeiro, uma vez que atine às relações entre os Poderes tributantes e não à relação entre tributantes e contribuintes ou responsáveis (Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 366; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1-2; RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 266).

²⁰⁵ As taxas e contribuições de melhoria têm natureza vinculada, portanto são da competência do ente que oferecer serviço ou empreender obra que dê ensejo a sua cobrança (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64-72).

²⁰⁶ “Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; (...)”

²⁰⁷ “Art. 154. A União poderá instituir: (...) II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.” O imposto extraordinário de

Em meio a esse capítulo, estão os artigos 157 a 162, que, relacionados à repartição das receitas tributárias, cuidam de “como se distribuem entre as pessoas da Federação as receitas obtidas com o exercício da competência tributária”²⁰⁸.

(...) nessa matéria se tem um dos pontos de sustentação verdadeira ou de pretensão ilusória da verdade do princípio federativo, pois **não existe autonomia política sem independência financeira e essa não se obtém sem que haja a previsão e a garantia constitucional de recursos próprios e suficientes para a atuação política autônoma de cada uma das pessoas federadas.**²⁰⁹ (Grifos nossos)

O sistema de rateio dos recursos da União com os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios e dos recursos dos Estados-membros com seus Municípios é misto²¹⁰, quer dizer, pode-se dar de três formas²¹¹.

A primeira, atinente à participação direta dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios na receita tributária da União e dos Estados, respectivamente, auferida com os impostos que José Afonso da Silva denomina de “impostos de decretação da União e percepção dos Estados e Distrito Federal” (art. 157, I) e “impostos supervenientes” (art. 157, II c/c art. 154, I), além dos “impostos de decretação da União e percepção dos Municípios” (art. 158, I) e dos “impostos de receita partilhada segundo a capacidade da entidade beneficiada” (art. 158, II²¹², III e IV²¹³)²¹⁴. São aqueles que, segundo a dicção constitucional,

guerra – IEG foi criado na égide da Constituição de 1946, pela EC n. 18/46, logo após o término da II Guerra Mundial.

²⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 254. Lembrando que a repartição de receita tributária não afeta a competência tributária, uma vez que esta é indelegável (CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 2ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 302).

²⁰⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 254.

²¹⁰ CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 2ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 303.

²¹¹ Participação direta dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios na receita tributária da União e dos Estados, respectivamente, participação de Estados e Distrito Federal no produto de impostos de receita partilhada e participação de todos os entes nos fundos constitucionais (HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 71-72).

²¹² No caso dos Municípios que aceitam fiscalizar e cobrar o imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR por eles mesmos, pertence aos próprios Municípios a totalidade (e não só 50%) do imposto. Cf. art. 153, § 4º, III, da Constituição de 1988.

pertencem aos Estados e ao Distrito Federal ou aos Municípios, pois União e Estados arrecadam em nome dos entes para quem transferem²¹⁵ – a relação é a de *pertencimento*²¹⁶.

A segunda, diz respeito à participação de Estados e Distrito Federal no produto de impostos de receita partilhada (art. 159, II e III). Tendo em vista que o compartilhamento, neste caso, ocorre por derivação, Kiyoshi Harada defende que a União *devolve* parte do que arrecadado – tratar-se-ia de *devolução*²¹⁷.

Por derradeiro, a terceira forma cuida da participação de todos os entes da federação nos fundos constitucionais²¹⁸, também chamada “participação indireta”²¹⁹ (art. 159, I). Do produto da arrecadação dos dois principais impostos de competência da União, impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza – IR e sobre produtos industrializados – IPI, 48% (quarenta e oito por cento) é repartido²²⁰ entre os cinco fundos²²¹, destinado à promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios²²² – a União arrecada e, posteriormente, *entrega*²²³.

²¹³ Nesta caso, as parcelas de cada Município são creditadas conforme os critérios do parágrafo único do art. 158.

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 678-679.

²¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 44.

²¹⁶ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 71.

²¹⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 72.

²¹⁸ Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, Fundo de Participação dos Municípios – FPM e Fundos Constitucionais de Desenvolvimento – FCD, que abrange o Fundo Constitucional do Centro-Oeste – FCO, o Fundo Constitucional do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional do Norte – FNO.

²¹⁹ CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 2ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 303.

²²⁰ Para Ives Gandra, o verbo do *caput* do art. 159 usado no futuro do indicativo (“A União entregará”) exprime que “as entregas sejam feitas de imediato” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45).

²²¹ De acordo com os percentuais que descreve.

²²² Segundo critérios definidos por meio de lei complementar (art. 161, II). Esse intento (de promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios), aliás, coaduna com o teor do artigo 3º, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, construir – o verbo “construir” neste contexto dá a entender que, no momento em que se promulgada o texto constitucional, a sociedade não era livre, justa ou solidária (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46) – uma sociedade solidária (inciso I) e reduzir as desigualdades regionais (inciso III). Cf.: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do

Assim, os Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o dos Municípios, revigorados, com a Constituição de 1988, passaram a conviver com os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento – FCD²²⁴, desenvolvidos para dar suporte aos programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (artigo 159, I)²²⁵.

E, com vistas a assegurar o repasse dos recursos desses fundos aos seus destinatários, o artigo 160, *caput*, veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos que devem ser repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, salvo a previsão expressa constante de seu parágrafo único²²⁶, que estabelece:

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:
I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;
II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Especificamente sobre como devem ser repartidos esses recursos, a teor do artigo 161, inciso II²²⁷, o constituinte originário remeteu ao legislador ordinário que, no prazo de doze meses, votasse lei complementar²²⁸, “objetivando

Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...).”

²²³ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 72.

²²⁴ Regionais, eles se subdividem em Fundo Constitucional do Centro Oeste – FCO, Fundo Constitucional do Nordeste – FNE e Fundo Constitucional do Norte – FNO.

²²⁵ “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza [IR] e sobre produtos industrializados [IPI] quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal [FPE]; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios [FPM]; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios [FPM], que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano”.

²²⁶ O parágrafo único e incisos I e II ganharam essa redação a partir da Emenda Constitucional n. 29/2000.

²²⁷ “Art. 161. Cabe à lei complementar: (...) II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico [sic] entre Estados e entre Municípios; (...) Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.”

²²⁸ “Art. 39. Para efeito do cumprimento das disposições constitucionais que impliquem variações de despesas e receitas da União, após a promulgação da Constituição, o Poder Executivo deverá elaborar e o Poder Legislativo apreciar projeto de revisão da lei orçamentária referente

promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios”²²⁹ – daí adveio a LC n. 62/89, a qual o STF julgou inconstitucional em 24.2.2010.

Da incursão histórico-constitucional, vemos que, de tempos em tempos, alterna-se a feição do sistema federal brasileiro, oscilando entre contração e descontração²³⁰, centralização e descentralização²³¹, o que tem repercussão direta no modelo de partilha de recursos entre os entes federativos e, especificamente, no FPE²³².

Com respeito ao magistério doutrinário de antes da promulgação da Constituição de 1988, José Alfredo Baracho aduzia que o federalismo é um meio como limitar poderes absolutos, uma forma como separar verticalmente os poderes de um Estado a partir de base territorial (e não por função de um ou outro

ao exercício financeiro de 1989. Parágrafo único. O Congresso Nacional deverá votar no prazo de doze meses a lei complementar prevista no art. 161, II.”

²²⁹ A propósito, a redução das desigualdades regionais foi tratada em diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais: o art. 21; o art. 43, §§ 1º e 2º; art. 48; art. 159; e art. 165, § 7º.

²³⁰ SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 4. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013. Este estudo se justifica em razão de termos o Estado Federal como “a síntese jurídica de um processo político-social caracterizado, pois, pela antítese disjunção/integração. A tensão entre esses dois aspectos contraditórios tem proporcionado, ao longo de nossa história, as variações do federalismo brasileiro” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 254). “O grau de retenção de poder local ou de concentração de poder central, ou em outras palavras, o nível de flexibilização ou de centralização política, depende da história do país que se examine” (DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º/11/2013. E, no mesmo sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 170).

²³¹ Ou seja, os “Estados reais estão sempre em meio a processos históricos dinâmicos” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 5). Aliás, vê-se mais: que a descentralização “nem sempre coincidiu, no Brasil, com democracia e liberdade” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 11).

²³² O ministro Sepúlveda Pertence certa vez disse: “A evolução do federalismo deste século, porém, é (...) a história da progressiva expansão material da ‘constituição total’ do Estado Federal e do correspondente retraimento da esfera de autonomia das unidades federadas” (**Rcl n. 370**, ministro Sepúlveda Pertence, fl. 69).

órgão)²³³, distribuindo competências de cunho legislativo e de cunho administrativo (inclusive tributário) entre os seus entes²³⁴.

No seu entender, o termo “federalismo”²³⁵ é forma composta de Estado, é “união permanente, baseada em livre convênio e ao serviço do fim comum da autoconservação de todos os seus membros, mediante a qual modifica-se totalmente o *status* político de cada um de seus componentes, em atenção ao fim comum”²³⁶.

Esse conceito, seu autor o construiu a partir do ensinamento de Le Fur, para quem o conceito de Estado Federal era:

(...) um **Estado que reúne em si duplo caráter**, o de Estado e o de federação de coletividades públicas de uma natureza particular; estas possuem ao mesmo tempo a feição de província autônoma e a de parte (cidadã) de uma república; **elas se distinguem de outras coletividades não soberanas na medida em que são chamadas a participar da formação da vontade do**

²³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 25.

²³⁴ Por isso, esta forma de Estado dificulta o surgimento de governos totalitários além do que “a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 259-260). Do que Alexis de Tocqueville aferiu de sua pesquisa, “a comuna é o foco em que vêm se reunir os interesses e as afeições dos homens” (TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América: leis e costumes**. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 92). Um requisito para a manutenção de um sistema federal é a existência de canais diretos de comunicação entre o público e ambos os governos, “permitindo ao público influenciá-los diretamente e propiciando o exercício direto da autoridade sobre o cidadão comum” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 65).

²³⁵ O termo “Federação”, em si, à exaustão a doutrina pátria explicita derivar etimologicamente de *foedus* ou *foederis*, que significa aliança, pacto, união (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 254). Locke, em 1689, já se referia a “foedus” quando classificou as funções do Estado em legislativa, executiva e federativa (ou natural), esta relacionada às relações mantidas com os outros Estados através de alianças, pois implica “na administração da segurança e do interesse público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos” (LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. 4ª ed. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006, cap. XII, p. 75-76). A Federação, no entanto, não é a mera aliança de estados (como já alertou Dalmo Dallari: DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 7), mas uma forma de organização estatal composta (HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição de 1988. In: **Revista do Legislativo**, jan-mar/1999, p. 14). É uma forma estatal composta, ao lado da união pessoal, da união real e da confederação (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 13-15).

²³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 32.

Estado, inclusive da própria substância da soberania federal.²³⁷

Paulo Bonavides, ora utilizava a expressão “Estado Federal” para referir-se ao sistema federal brasileiro, ora para designar a União. Enquanto sistema federal, compreendeu-o (o Estado Federal) como a associação com vistas à integração harmônica de destinos²³⁸.

Na doutrina pátria, dizia-se da “dupla face” do Estado Federal, ou seja, da dualidade de aspectos que apresenta, o qual, internamente, é uma pluralidade de entes políticos descentralizados e, *pari passo*, externamente, é como se fosse uno, em força e coesão²³⁹, ou seja, “o Estado Federal é um Estado e uma federação de Estados”²⁴⁰.

Já Hans Kelsen elaborou distinção entre os termos “Federalismo” e “Federação” à qual parte do magistério doutrinário se socorre. Para ele, a Federação é a “(...) comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central” e “o Estado Federal, a comunidade jurídica total”, quer dizer, a soma da Federação e das comunidades jurídicas locais (Estados componentes)²⁴¹.

Quanto à preocupação com a distribuição de poderes, em “Os Federalistas”, essa questão está posta da seguinte maneira:

Em uma república isolada, todo o poder é outorgado pelo povo à administração de um único governo, evitando-se as usurpações por meio de uma divisão do governo em ramos distintos e

²³⁷ Tradução livre. Texto original: “L’État fédéral est un État qui réunit en lui de double caractere d’État et de fédération de collectivités publiques d’une nature particulière; ces dernières tiennent à la fois de la nature de la province autonome et de celle du citoyen d’une republique; elles se distinguent des autres collectivités non souveraines en ce qu’elles son appellées à prendre part à la formation de la volonté de l’État, participant ainsi à la substance même de la souveraineté fédérale” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 47).

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 207.

²³⁹ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 43-44. “(...) em certas relações, aparece como Estado unitário, em outras apresenta-se como um agrupamento federativo de coletividades inferiores, descentralizadas e que fazem parte na formação da vontade do Estado” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 28-29).

²⁴⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 57; BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 208.

²⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 452.

independentes. (...) Os dois governos se controlam mutuamente e, ao mesmo tempo, cada um é controlado por si mesmo.²⁴²

Bonavides vislumbrava haver três indícios da superioridade da União sobre os demais entes subnacionais: a estipulação de regras de reprodução obrigatória pelos Estados-partes; a adoção de sistema de repartição de competências pela Constituição Federal; e a existência de “um tribunal supremo, cujos juízes se tornam guardiães da Constituição, servindo tal corte de justiça para dirimir, através de julgamento final, as pendências porventura suscitadas entre o Estado federal e os Estados federados”²⁴³.

Dallari e Baracho, ao contrário, aduziram não haver que se falar, no sistema federativo, em hierarquia ou centro de poder. Aliás, nisto estaria o princípio federativo: “há uma pluralidade de poderes sem que qualquer deles seja superior aos demais”²⁴⁴. Dallari, inclusive, qualificou como “desequilibradas” aquelas federações em que prevalece a superioridade hierárquica da União, mesmo sem previsão para tanto, pois as considerou a desvirtuação do sistema²⁴⁵.

Como primeiramente formulou Hans Kelsen, a caracterização de um Estado como Federal – e não como Unitário ou Unitário Descentralizado – é tão somente no grau de descentralização de um e de outro²⁴⁶.

No que promove a descentralização política (e não só administrativa), o fenômeno federativo efetivaria a acomodação dos interesses gerais e específicos de todos os entes do Estado Federal²⁴⁷, por meio de leis que,

²⁴² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 419.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 211-213. “A Constituição Federal é o cimento dessa supremacia imposta através das regras limitativas do ordenamento político das unidades componentes” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 211).

²⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 67. “(...) cada um dos componentes tem sua órbita de ação, circunstância que decorre da Constituição federal, como fundamento jurídico do Estado” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 25).

²⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 70.

²⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 451.

²⁴⁷ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 38-41. Além do mais “(...) o federalismo existente permitiu o desenvolvimento de uma variedade de formas de pluralismo, lado a lado, dentro da mesma sociedade civil” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 37).

apesar de ter sido exaradas por instâncias diversas, coexistem entre si. Isso, aliás, não descaracterizaria o Federalismo, pois é próprio do pluralismo jurídico²⁴⁸, albergar uma pluralidade de ordenamentos jurídicos²⁴⁹.

Bonavides e Dallari assentaram que a principal diferença entre o Estado Federal e o Confederado é o fato de aquele ter em sua base jurídica uma Constituição²⁵⁰, uma “legislação unitária ou comum (...), que cria direitos e obrigações diretas para os cidadãos dos Estados indiferentemente”²⁵¹.

Distinguir entre o Federalismo, a Confederação e o Estado Unitário, no entanto, perpassava, ainda, por decifrar o conceito de soberania²⁵² e autonomia. Aquele, destinado a “estabelecer a peculiar posição dessa entidade frente a outros estados”²⁵³, “a responsabilidade que cabe a cada subsistema

²⁴⁸ No que há diversas esferas legislativas cujas leis devem incidir harmonicamente sobre os mesmos jurisdicionados, por vezes, geram-se atritos entre os entes, na disputa pela distribuição de competências político-administrativas e normativas, que são solvidas de uma das seguintes formas: a) ou pela enumeração constitucional da competência da União e dos Estados-membros; b) ou pela enumeração constitucional da competência da União, deixando residual a competência dos Estados-membros; c) ou, por fim, pela enumerando a competência dos Estados-membros, deixando à União a competência não enumerada.

²⁴⁹ Em outros termos, “(...) no Estado federal, a esfera material de validade da ordem jurídica, ou (...) a competência legislativa do Estado, está dividida entre uma autoridade central e várias autoridades locais” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 452). Foi também o que percebeu Tocqueville, ao constatar que, de estado para estado norte-americano, “as leis variam; sua fisionomia muda; um mesmo espírito as anima” (TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América: leis e costumes**. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 93). “Na análise do federalismo, chega-se a dizer que a descentralização política que ele implica, em muitos casos não passa de uma ficção legal. A tendência à centralização leva à afirmativa de que ocorre um verdadeiro processo de desfederalização em muitos dos modelos atuais, com altos índices para uma predominância do Estado unitário. A forma de Estado federal implica, normalmente, a distribuição territorial do poder político, com a coexistência de esferas de governo, com competências definidas, possibilitando coordenação e independência” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 21).

²⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 15. “Baseando-se a união numa Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 258).

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 206-208.

²⁵² A teoria jurídica do Estado federativo assenta-se sobre a noção de soberania, surgida com Bodin, em 1576 (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 18). Segundo leciona Dalmo Dallari, a última decisão soberana dos Estados é aquela atinente à adesão ao Estado Federal (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 17).

²⁵³ RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 4.

federativo na gestão macroeconômica do país, responsável pela governança do sistema”²⁵⁴; este, peculiar à Federação, o traço distintivo do Estado Federal²⁵⁵, já que mune os Estados-membros de liberdade de autodeterminação, limitada apenas pela própria Constituição do Estado Federal²⁵⁶.

Mesmo depois da promulgação da vigente Constituição, o magistério doutrinário não estabilizou o sentido dos termos que compõem o trinômio “federação-federalismo-princípio federativo”.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “Federação é a cidadania comprometida com a história do povo centrada em dado espaço geográfico no qual se projeta a organização do poder e se exerce a liberdade de cada pessoa. (...) é garantia de Democracia no Brasil”²⁵⁷. Essa autora alude recorrentemente ao princípio federativo, o qual apresenta como modelador da forma de Estado. “O princípio federativo assegura a pluralidade de ordens jurídicas autônomas e afinadas numa unidade que se assenta na totalidade da ordem constitucional nacional soberana”²⁵⁸.

Cristiano Franco Martins tem observado o fenômeno federativo sob três prismas: o do Federalismo, o da Federação e o do princípio federativo, os quais, consoante sustenta, são, respectivamente:

(...) um fenômeno sócio-político que surgiu como reflexo do iluminismo, do individualismo e do próprio constitucionalismo, tão influentes no século XVIII (...) tal fenômeno nada mais é do que a tradução ideológica da associação entre a ideia de eficiência e o valor complexo que denominamos pluralismo.²⁵⁹

(...) uma forma de Estado que adota o princípio federativo e que, pelo menos teoricamente, almeja concretizar o fenômeno do

²⁵⁴ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 210; HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 361.

²⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 453.

²⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 257.

²⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 172.

²⁵⁹ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3.

federalismo (e os valores do pluralismo). (...) é um Estado que se estrutura com base no princípio federativo, que, por sua vez, pode ser entendido como o código genético de um tipo específico de organização estável.²⁶⁰

(...) o primeiro grau de concretização do federalismo nas estruturas estatais. Representa, na verdade, um conjunto de princípios que concretizam os valores do federalismo e que identificam um Estado como federação. (...) é a forma de concretização, no mundo do direito, de uma ideia política. É, por isso mesmo, um princípio fundamental, estruturante do Estado.²⁶¹

Celina Souza discerne haver dois tipos de alusões ao termo “federalismo”. Um abrangente, referindo-se “aos laços constitutivos de um povo e de suas instituições construídos através de consentimento mútuo e voltado para objetivos específicos, sem, contudo, significar a perda de identidades individuais”²⁶²; outro, em sentido restrito, como um conceito de valor: “Partindo-se dessa visão, pode-se concluir que a lógica das federações é o federalismo, que é a percepção ideológica do que deve acontecer após a federalização”²⁶³.

Paulo Bonavides explica o Estado Federal a partir das suas dessemelhanças com o Estado Confederal:

Dotada de uma face interna (a autonomia) e de uma face externa (a independência), a soberania de cada Estado confederado permanece juridicamente intacta. Selado o compromisso da união paritária, de modo algum se fere a identidade estatal plena das unidades participantes.

Com respeito à Federação ou Estado Federal, o processo já é diferente. O Estado Federal constitui fórmula vinculativa em que os laços políticos da união são mais apertados, têm mais força agregativa, não se desfazem ao sopro de uma conveniência superficial nem ostentam a simplicidade peculiar à relação meramente confederativa, em que as vontades contratantes estão longe de produzir um ente novo e autônomo, dotado de vontade

²⁶⁰ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 4 e 41.

²⁶¹ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38. Há quem, como Janice Ferreri, defenda que o princípio federativo “constitui toda a base do ordenamento constitucional” e deveria ser tratado “com primazia diante das demais normas da Constituição” (FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15).

²⁶² SOUZA, Celina. “Reinventando o poder local: limites e possibilidades do federalismo e da descentralização”. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol. 10, n. 3, 1996, p. 104.

²⁶³ SOUZA, Celina. “Reinventando o poder local: limites e possibilidades do federalismo e da descentralização”. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol. 10, n. 3, 1996, p. 104.

própria, que não fique condicionado pela vontade de quem quer que seja (...).²⁶⁴

Com efeito, se os vários autores não são acordes quando aos conceitos de “Federação”, “Federalismo” ou “princípio federativo”, eles são unânimes, no entanto, em que a dogmática federativa tem como principal característica o fato de os entes federados, todos eles serem dotados de autonomia²⁶⁵. Nas palavras de Gilberto Bercovici, “autonomia” é “governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal”²⁶⁶; consoante dicção de Cármen Lúcia, é a “capacidade política de uma entidade para governar-se a si mesma segundo leis próprias, criadas em esfera de competência definida por um poder soberano”²⁶⁷.

“Autonomia”²⁶⁸, termo advindo do grego *autos* (próprio) e *nomos* (norma)²⁶⁹, é um princípio estrutural (de organização) do Estado, “é [o] meio e unidade é o fim”²⁷⁰. É comum que qualquer Estado, quer Federal quer Unitário,

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 315.

²⁶⁵ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 81. Consoante já entendia Paulo Bonavides, o único ente titular de soberania é o Estado Federal (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 210). Vale anotar, no entanto, o posicionamento diferente de Cristiano Martins, para quem o conceito central do federalismo é o pluralismo (MARTINS, Cristiano. Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 33). Celina Souza, por outro lado, considera que “Apesar de o federalismo estar, em geral, acompanhado da descentralização, isto é, de substancial autonomia entre os membros da federação, a descentralização não é uma condição necessária nem suficiente para o federalismo”. Aliás, considera o conceito de descentralização um conceito vago e ambíguo (SOUZA, Celina. “Reinventando o poder local: limites e possibilidades do federalismo e da descentralização”. In: **São Paulo em Perspectiva**, vol. 10, n. 3, 1996, p. 104).

²⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 13.

²⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 180-181.

²⁶⁸ Na Constituição de 1988, a autonomia dos Estados é assegurada pelos artigos 25 a 28 e a dos Municípios, pelos artigos 29 a 31. “Entre os países em desenvolvimento, é [o Brasil], sem dúvida, quem mais avançou em termos de autonomia” SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 9. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013.

²⁶⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

²⁷⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 10. Só há falar em unidade se dessa união forem preservadas as integridades dos entes federados.

persiga a unidade. O diferencial do Estado Federal é, portanto, a autonomia²⁷¹, que é “antídoto do separatismo”²⁷², o qual não se opõe à unidade do Estado, mas à centralização em determinados órgãos ou setores do Estado²⁷³.

É que descentralização é o “reconhecimento de um poder central, que estabelece um sistema ramificado para a *execução* de decisões, mantendo, entretanto, a hegemonia do poder central na *tomada* de decisões”²⁷⁴. Ela deve ser compreendida como o fortalecimento dos entes subnacionais²⁷⁵, afinal produz a multiplicação de comandos, a multiplicação de centros de poder político.

O que marca, pois, o conceito de descentralização é a ideia de uma **estrutura plural de exercício do poder político**, o que conduz a uma ordem jurídica única, mas pluralista, vez que a manifestação política no Estado se dá por excelência, pela capacidade para criar o Direito e organizar as instituições políticas segundo sistema jurídico positivado. Assim, a descentralização política define uma pluralidade de ordens jurídicas ordenando-se e coordenando-se numa estrutura total, conformada por ordens jurídicas parciais acopladas harmoniosa e complementarmente.²⁷⁶ (Grifos nossos)

²⁷¹ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 81; RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 47. Raul Machado Horta, por exemplo, conta, em seu livro, o histórico do Federalismo brasileiro a partir do elemento “autonomia” (cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 361 e ss).

²⁷² BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 335.

²⁷³ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 10.

²⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 67. Seu conceito se alcança a partir do cotejo entre ela e a centralização (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 165).

²⁷⁵ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

²⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 166. Contudo, “essa pluralidade pode ser apenas formal, não mais do que uma aparência. Nesse caso, tem-se a ilusão de democracia, mas uma aliança de oligarquias, na verdade” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 72-73). Modernamente, os estudiosos têm contemplado como função inata do federalismo a garantia da democracia participativa, repensando o tema a partir da visão privilegiada de Tocqueville a respeito das comunas americanas.

Ocorre que autonomia política pressupõe fonte, se não incondicionada, ao menos suficiente de recursos financeiros; *a contrario sensu*, recursos financeiros não pressupõem autonomia política²⁷⁷.

Faoro pontua que, na República Velha, não havia autonomia legal dos entes federados, haja vista que o dinheiro era destinado apenas para o aliados dos governantes da situação. Tudo o que havia era uma autonomia extralegal para os favoráveis à situação estadual²⁷⁸. Daí que se recorria à intervenção federal sempre que um governador não fosse simpático à reciprocidade²⁷⁹ e ao porrete se os “coronéis” fossem estranhos ao pacto de troca de favores²⁸⁰.

Hoje é possível vislumbrar que o federalismo brasileiro reconhece autonomia aos Estados Federados e Municípios, ainda que não seja uma autonomia sem limites²⁸¹.

Na conjugação dos princípios da autonomia e da participação, somos remetidos à noção de cooperação das ações entre os entes federados²⁸² – não só horizontal, mas também vertical –, noção sobre a qual se assenta a compreensão do que é o federalismo cooperativo, praticado pela maioria dos Estados Nacionais do mundo contemporâneo.

²⁷⁷ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 70.

²⁷⁸ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 69.

²⁷⁹ A intervenção federal era prática reiterada da República Velha. Quase todos os Estados da Federação sofreram-na, só não São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32).

²⁸⁰ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 111-112. Ainda hoje sobrevive, revelado na falta de espírito público, “abandonando os anéis para conservar os dedos” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p.237, 239). Hodiernamente, as hipóteses de intervenção federal nos Estados são aquelas taxativamente relacionadas no artigo 34 da Constituição e dos Estados nos Municípios (ou da União nos Municípios localizados em Territórios Federais), no artigo 35. A decretação da intervenção está sujeita, ainda, ao cumprimento dos requisitos arrolados no artigo 36 do mesmo diploma legal.

²⁸¹ A autonomia completa, que, consoante Musgrave daria azo ao que ele denomina “Federalismo Puro”, em que Estado-parte e governo central se distinguiriam apenas em razão de sua extensão territorial, é ideal, útil e necessária para fins de teorizar a respeito de economia governamental, contudo não corresponde à realidade constitucional (MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das Finanças Públicas**: um estudo de economia governamental. Vol. I. Trad. Auriphebo Berrance Simões. São Paulo: Atlas; Brasília: INL, 1973, p. 229 e ss).

²⁸² AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

O Federalismo cooperativo²⁸³ marca a transição do federalismo dual, em que União e Estados-partes isolavam-se em matéria de competências, para o “novo federalismo”, caracterizado pela intensificação da ajuda federal aos Estados, sob a forma de programas e convênios²⁸⁴. Aqui é clara a predominância do governo federal sobre os estaduais, o que tem reflexo na distribuição dos recursos públicos, na diminuição da participação dos Estados na renda nacional²⁸⁵.

Isso porque, por “cooperação”, depreende-se que nenhum dos entes federados deve exercer suas competências isoladamente, pois se pressupõe sua

²⁸³ Paulo Bonavides critica a dogmática federativa atual, acusando o “federalismo cooperativo” de ser incoerente, uma vez que apregoa a coordenação entre as Unidades da Federação, mas, na prática, “só tem uma cabeça: a União”, o que gera, portanto “o unilateralismo da decisão” (BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 103). O mesmo autor, em outra obra sua, faz constar que “Existe, hoje, mais unitarismo no Brasil do que em todos os Estados unitários membros da Comunidade Européia. (...) Assim como houve ontem monarquias absolutas de direito divino, existem hoje repúblicas absolutas de pseudo-soberania popular. O Brasil é atualmente uma dessas repúblicas do modelo concentrador e unitarista, mais rígida que a França de Luís XIV, mais centralizada que o Império de Pedro II. A autonomia dos Estados membros tem hoje tanta eficácia quanto o artigo do Código Penal que punia o crime de adultério” (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 319 e 328). Para esse mesmo autor, é mister reformular o projeto federativo a partir de uma “solução institucional mais profunda, caso se pretenda efetivamente conferir estabilidade, equilíbrio e harmonia ao sistema político brasileiro” (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 314). Não é ao acaso que o federalismo tem se transformado em todo o mundo, adaptando-se às novas exigências de ordem social, econômica e política. No plano externo, por exemplo, percebe-se que a internacionalização tem propulsionado a centralização dos Estados e um certo nivelamento no campo cultural (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 460-461). Para Zimmermann, “(...) o federalismo cooperativo brasileiro tornou o nosso Estado federal muito mais orgânico e de poderes superpostos. Neste tipo de realidade, com os entes estaduais organizando-se cada vez mais à imagem e semelhança da União, inclusive nos detalhes mais secundários e igualmente danosos à autonomia destes entes federativos, pouco nos resta daquilo de poderíamos conceber como uma verdadeira Federação” (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 61). Outros há quem considerem que o sistema federativo brasileiro, independentemente de conflitos e dúvidas conceituais que subsistem, “num país cuja fronteira econômica continua em expansão, não está ainda fisicamente concluído, não reclamando substituição, mas, sim, desfecho” (SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p.6. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013).

²⁸⁴ Com base no que acontecia paralelamente nos Estados Unidos da América do norte, edificado após a Depressão de 1929, o principal instrumento do federalismo cooperativo norte-americano passa a ser os “grants-in-aid”, subvenções federais para financiar determinadas políticas públicas nos Estados.

²⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 47.

interdependência para tratar de inúmeras matérias e implementar programas de interesse comum²⁸⁶. “A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementariedade”²⁸⁷.

Ocorre que a cooperação não surge naturalmente, sem qualquer intervenção estatal²⁸⁸, até porque, especialmente no ambiente do federalismo fiscal, Estados e Municípios convivem em ambiente competitivo. Daí que a sua manifestação depende de um “mecanismo central de coordenação” entre a União e as partes federadas e de “equalização estrutural”²⁸⁹, estes dois princípios de incumbência do governo central²⁹⁰.

Aliás, a partir das lições de Musgrave, Amaral Filho definiu as três funções do Governo Central como sendo as de alocar, distribuir e redistribuir recursos materiais e financeiros entre os governos sub-nacionais²⁹¹. “Com essas funções o governo central procura manter o equilíbrio estrutural entre os entes federados, através de políticas de correção, ao mesmo tempo em que procura estabelecer um quadro de justiça fiscal”²⁹².

A competitividade entre as unidades federadas se dá por conta de os entes políticos abarcados pelas Federações serem diversos entre si – não serem iguais em população, riquezas, geografia ou cultura política – e, em vista

²⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

²⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58.

²⁸⁸ “A cooperação frequentemente é alcançada através de processo político. (...) A cooperação envolve o uso do poder” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 77).

²⁸⁹ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

²⁹⁰ De sorte que, enquanto autonomia e participação estão na esfera das unidades federadas, coordenação e equalização estrutural encontram-se na da União. Incumbe ao governo central “operar sistemas de equalização horizontal através de transferências” (PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 31).

²⁹¹ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

²⁹² AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 3. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

disso, serem carentes de ação cooperativa distinta, proporcional às suas assimetrias. As assimetrias de direito estão para corrigir as assimetrias de fato²⁹³.

Eis o motivo por que Dircêo Ramos afirma que o federalismo cooperativo é também assimétrico²⁹⁴, ou seja, promove “igualização artificial”, “ajustes para corrigir diferenças”²⁹⁵, para temperar os desequilíbrios entre tarefas e recursos. A introdução das assimetrias “de jure” na dogmática federativa é uma exigência do próprio sistema, garantidora do pacto e, logo, da unidade²⁹⁶.

Federalismo é, assim, tratado por Paulo Bonavides como tendo por base a união perpétua e indissolúvel dos entes federados, vocacionado a, com base na tolerância, congregar, em uma “sociedade de iguais, sociedades que abrangem, em esfera de paridade e coordenação, Estados desiguais pelo território, pela riqueza, pela densidade populacional”²⁹⁷. Tem-se dito que o federalismo contemporâneo distingue-se pela cooperação, firmada na solidariedade²⁹⁸.

²⁹³ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 72.

²⁹⁴ Assimetria pode ser entendido como um tipo de federalismo ou, como pensamos, um elemento dele, afinal todo Estado Federal tem alguma assimetria. “(...) a função de assimetria é precisamente observar os desníveis existentes no interior do Estado, havendo-se de operar em face dos elementos da desigualdade *interpartes*, entre os agentes formadores do pacto federativo” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 62). Não há como raciocinar o Federalismo apenas a partir do ideal simétrico, em que cada Estado “mantenha, essencialmente, o mesmo relacionamento para com a autoridade central; a divisão de poderes entre os governos central e dos Estados seja virtualmente a mesma em cada caso; a representação no governo central esteja na mesma base para cada componente político e o suporte das atividades do governo central seja igualmente distribuído” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 94).

²⁹⁵ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 89, 285.

²⁹⁶ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 62. “(...) o Brasil requer uma política de cooperação para diminuir as desigualdades regionais, com aplicação adequada de incentivos, distribuição justa de recursos, com sistema adequado de controle que só o federalismo assimétrico poderá oferecer. Mas se não houver plano de desenvolvimento e soluções dos problemas que geraram esta assimetria (...) fatores de desagregação poderão levar à morte do federalismo” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 117).

²⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 316.

²⁹⁸ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 75. “(...) a solidariedade expressa o sentido de auxílio recíproco que deve congrega todos os participantes da vida social no cumprimento de deveres de colaboração direcionados para consecução do projeto constitucional de bem comum” (CONTEPELLI, Ernani. “Solidariedade e autonomia financeira no federalismo fiscal comparado”. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 20, vol. 105, jul-ago/2012, p. 368-369).

Daí, Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que o federalismo assimétrico opera com especialidade no campo da alocação constitucional de recursos financeiros, quando “O estabelecimento simétrico de competências faz permanecer as diferenças entre as unidades”. É que a assimetria entre os Estados não é amenizada com a mera divisão de competências tributárias (repartição horizontal de competências), por isso é necessário também dividir receitas (repartição vertical de competências)²⁹⁹.

Ora, numa Federação, naturalmente composta de Estados heterogêneos, não será bastante a mera atribuição de competência tributária aos entes federados, mas por princípio de solidariedade, especialmente num país de fortes contrastes, como o Brasil, **impõe-se a redistribuição da riqueza nacional**, não apenas no plano individual pela tributação progressiva, mercê da aplicação do princípio da capacidade contributiva, mas também no plano sócio-político, **através das transferências financeiras**, ou repartição das receitas tributárias, de que tratam os artigos 157 a 162 da Constituição.³⁰⁰ (Grifos nossos)

“A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas”³⁰¹, ela é o pressuposto da autonomia dos entes federados³⁰². O que equivale a dizer que: um ente é autônomo se a ele são atribuídas competências. Logo, a repartição de competências entre as Unidades da Federação é indispensável à manutenção do próprio sistema federativo, do seu relacionamento harmonioso³⁰³.

²⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55-56.

³⁰⁰ DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º/11/2013.

³⁰¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14. A competência dos Estados-partes de se organizarem preside a pluralidade (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 213).

³⁰² BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 14.

³⁰³ “O problema das competências pode ser considerado o ponto central da organização federativa” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 18). À União compete cuidar das matérias de interesse geral, que afetam todo o conjunto federativo, enquanto às unidades federadas, os assuntos de interesse preponderantemente local “ou que se supõe serão tratados com mais propriedade e eficiência se entregues ao poder local”. Essa regra “(...) permite grande flexibilidade na distribuição das competências e exige mesmo uma interpretação dinâmica dos dispositivos constitucionais, pois com a modificação das condições de vida, com os progressos da ciência e da técnica e com a

É a própria Constituição Federal – o fundamento jurídico do Estado Federal – que cuida minuciosamente das incumbências da União e de suas regiões³⁰⁴. Nela são relacionadas as competências necessariamente rígidas dos entes federados, para que dificilmente sejam alteradas³⁰⁵. Fora dos casos que ela expressamente prevê, “predomina o princípio da separação e independência no exercício das competências constitucionais”³⁰⁶.

E, para guardar a Constituição³⁰⁷, impende ao Supremo Tribunal Federal defender inclusive a federação³⁰⁸, zelando pela “sobrevivência, equilíbrio e desenvolvimento do princípio federativo”³⁰⁹. De maneira particular, originariamente, no âmbito do controle de constitucionalidade, compete ao STF, em sede de controle concentrado de normas e a todo o Judiciário em sede de controle difuso, a manutenção do sistema federal.

Com efeito, é próprio do sistema federal demandar a existência de um Tribunal Federal³¹⁰ que: a) dirima conflitos de competências, provenientes da

mudança da significação social de muitos fatos torna-se conveniente, ou até necessária, a transposição de certos assuntos de uma para outra esfera de competências” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p. 19).

³⁰⁴ “Na formulação de uma Teoria Jurídica do Estado federal, a Constituição tem grande importância, desde que dela provém a regulamentação minuciosa da distribuição de competências, com uniformidade no que toca à disposição das instituições constitucionais em todos os Estados” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 23).

³⁰⁵ É melhor que seja difícil alterar o instrumento do pacto para não vulnerar o princípio do equilíbrio federativo. (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 39, 77, 82 e 100). “O princípio federativo nasce de uma Constituição rígida, pois ausente tal qualidade constitucional poderia haver uma mutilação dos fundamentos da Federação ao sabor de decisões políticas momentâneas” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 178).

³⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61. Isso se dá porque a atuação dos órgãos federados, centrais ou descentrais, tem como fundamento de validade as disposições do texto constitucional, nos limites que ele impõe. Por essa razão, não é de somenos importância que as Federações concedam às unidades federativas uma participação ativa nos procedimentos de alteração dos dispositivos da Lei Fundamental (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 77-79).

³⁰⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

³⁰⁸ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 106.

³⁰⁹ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 143.

³¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

repartição de atribuições entre a União e os Estados-Membros³¹¹; b) verifique a compatibilidade dos ordenamentos jurídicos estaduais com as normas da Constituição Federal, em especial no pertinente aos limites impostos àqueles³¹²; e c) afira a necessidade de intervenção federal, quando pertinente³¹³.

O Poder Judiciário tanto precisa proteger a União quanto defender os Estados-membros contra os excessos centralizadores. Na primeira tarefa ele protege a Constituição para preservar a unidade nacional; na segunda, ele conserva o princípio da autonomia estadual.³¹⁴

Assim, para Augusto Zimmermann, o Judiciário funciona como o “poder neutral”³¹⁵, como o “órgão apolítico”³¹⁶ que assegura que cada ente federativo não subjogue o outro, antes respeite a organização federativa. Se sim ou se não, o certo é que “No Estado federal, as Cortes Constitucionais têm a missão de garantir o equilíbrio das competências nacionais e dos Estados membros, reparando qualquer exorbitância de uns com os outros”³¹⁷.

E nisso reside a importância da jurisdição constitucional, pois é garantidora do equilíbrio da forma federal³¹⁸. A atuação do Supremo Tribunal

³¹¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; (...)”

³¹² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

³¹³ “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”

³¹⁴ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114-115.

³¹⁵ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 97.

³¹⁶ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 98.

³¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 33.

³¹⁸ De manutenção tanto da união como da não-centralização (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p.69). “A Teoria Geral do federalismo é, assim, um dos pontos essenciais da Teoria da Constituição que, por sua vez, está intimamente

Federal, realizada com base na rigidez constitucional e na distinção entre normas constitucionais e ordinárias³¹⁹, é responsável por assegurar a harmonia no ordenamento e manter a supremacia constitucional.

Ora, a Constituição federal ordena uma distribuição de competências que determinam as relações entre a União e os Estados. Das suas disposições é que procede a solidariedade dos entes constitutivos, “única alternativa segura para uma integração consentida, que jamais se obteria com o federalismo cooperativo de natureza autocrática”³²⁰. Essa é a razão por que não há federalismo cooperativo sem o primado da Constituição³²¹.

A Constituição Federal é a norma principal que tem eficácia e validade para dar suporte ao ordenamento federal como também aos ordenamentos locais. Para Zimmermann, a Constituição Federal é o próprio pacto fundador do sistema federativo³²². Independente de sua origem centrípeta ou

ligada à Jurisdição Constitucional” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982, p. 33).

³¹⁹ Essa é a base do federalismo (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 100).

³²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 105.

³²¹ E, como esclarece Dircêo Ramos, esta Constituição deve: ser escrita, representar um ideal político; ser como um código, funcionar como uma estrutura de governo e protetora de direitos; ser como uma Manifesto ou Carta Social Revolucionária; e ser como uma adaptação moderna de uma Constituição Tradicional Antiga (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 57-58). O federalismo não pode prescindir do entendimento clássico de Constituição escrita. No corpo da Carta constitucional, estão os princípios federativos da distribuição do poder estatal. A Constituição é a garantia de descentralização como também da separação de poderes e dos direitos individuais (ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 73-74, 77-78). Analisando a experiência americana dos Artigos de Confederação, Janice Ferreri conclui que “(...) o princípio da Constituição escrita antecede à própria Constituição Federal” (FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18).

³²² ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 40. Insta consignar que não desconhecemos o posicionamento de parte dos juristas, que consideram que só as Federações formadas de maneira centrípeta (como os Estados Unidos da América) possuem “pacto” federativo, como, por exemplo, os então ministros do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (voto na ADI n. 4.167) e o Nelson Jobim (voto na ADI-MC n. 2.024). No entanto, preferimos nos filiar à corrente capitaneada pelo ministro Celso de Mello – a que aderem Augusto Zimmermann, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Gilberto Bercovici dentre outros – no sentido de que a “Constituição da República representa no contexto político-institucional do Estado brasileiro, a expressão formal do pacto federal” (ADI n. 3.148, voto do ministro Celso de Mello, fl. 268).

centrífuga, o fato é que “o Estado federal é sempre um Estado constitucional, eis que criado por um pacto constitucional”³²³.

Contra os que alegam que a Federação brasileira não reparte competências com Estados e Municípios³²⁴, Gilberto Bercovici contradita, defendendo que, ao passo que determina a repartição de receitas da União entre os entes federados, isso o faz pelo fato de dividir com elas suas responsabilidades³²⁵.

Ora, até aqui vê-se que conferir competências significa conceder poderes e deveres para os quais é mister providenciar recursos financeiros suficientes, sob pena de violar o princípio federal da autonomia. Nesse contexto, é recomendável recapitular o ensinamento de Dalmo Dallari, de que:

(...) é imprescindível que, ao ser feita a distribuição das competências, sejam distribuídas, em medida equivalente, as fontes de recursos financeiros, para que haja equilíbrio entre encargos e rendas. Não havendo equilíbrio, duas hipóteses podem ocorrer: ou a administração não consegue agir com eficiência, e necessidades fundamentais do povo deixam de ser atendidas ou recebem um atendimento insuficiente; ou o órgão encarregado do serviço solicita recursos financeiros de outra fonte, criando-se uma dependência financeira que acarreta, fatalmente, a dependência política.³²⁶ (Grifos nossos)

³²³ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62.

³²⁴ “(...) para se caracterizar a verdadeira Federação, é preciso, antes de tudo, o reconhecimento da autonomia política dos Estados federados e igualmente jurídica entre eles, uma repartição constitucional de competências: políticas, administrativas, legislativas, de modo a possibilitar-lhes capacidade de organização, administração e legislação próprias, não sujeitas à autoridade de outra pessoa política, mas apenas à própria norma constitucional” (FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso, org. **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16. Grifos nossos).

³²⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Ao ver deste doutrinador, nosso federalismo pecaria, no entanto, em só distribuir esses valores e não planejar as atribuições de cada um desses entes.

³²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986, p.20. E o mesmo autor, em outra obra, explica o mesmo em diferentes termos: “(...) dar-se competência é o mesmo que atribuir encargos. É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 259).

De fato, “a existência de rendas suficientes é que vivifica a autonomia dos entes federados e os habilita a desempenhar suas competências”³²⁷. Essa autonomia financeira pode ser traduzida “na devida manifestação da capacidade fiscal, isto é, ingresso de recursos financeiros suficientes para cobrir o montante dos gastos havidos com as atividades empreendidas no atendimento das demandas coletivas”³²⁸.

Do ponto de vista financeiro, “a partilha da receita tributária (expressão de autonomia) e a redistribuição de recursos intra-federativos (manifestação de solidariedade) traduzem essa propensão federalista de atendimento plural às necessidades cidadãs”³²⁹.

Dentro desse panorama, quando a capacidade fiscal de um Estado-Membro não for suficiente para atender às necessidades coletivas, justifica-se angariar transferências financeiras (intergovernamentais), pautadas no princípio da solidariedade. Essas transferências federais de impostos para Estados e Municípios explicam em grande parte a acentuada redistribuição da receita tributária disponível entre as regiões do país³³⁰.

Nessa esteira, José Domingues conceitua o Federalismo fiscal como:

(...) o conjunto de providências constitucionais, legais e administrativas orientadas ao **financiamento dos diversos entes federados**, seus órgãos, serviços e políticas públicas tendentes à satisfação das necessidades públicas nas respectivas esferas de competência. (...) é **instrumento de ordenação das finanças**

³²⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

³²⁸ CONTIPELLI, Ernani. “Solidariedade e autonomia financeira no federalismo fiscal comparado”. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 20, vol. 105, jul-ago/2012, p. 367.

³²⁹ DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º/11/2013. O federalismo cooperativo tem que ser um “instrumento da promoção do bem-estar coletivo” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21-22).

³³⁰ SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 12. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013

públicas de molde a ensinar a realização do federalismo político.³³¹ (Grifos nossos)

Disso decorre que, sob o visio do direito financeiro, inexisti federalismo político sem federalismo fiscal³³². O federalismo brasileiro, tal como está calcado na Constituição de 1988, desenvolve-se a partir da preocupação em financiar os entes federados³³³, em alcançar o reequilíbrio federativo, de modo a evitar crise de sobrecarga e ingovernabilidade³³⁴.

Para Gilberto Bercovici, o grande objetivo³³⁵ do federalismo é

a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional. Assim, **o fundamento do federalismo cooperativo, em termos fiscais, é a cooperação financeira, que se desenvolve em virtude da necessidade de solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades regionais.**³³⁶ (Grifos nossos)

³³¹ DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º/11/2013.

³³² DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º/11/2013.

³³³ Conquanto seja o objeto do federalismo fiscal a repartição dos recursos fiscais entre os entes federados “de modo que todos disponham de uma capacidade de financiamento compatível com as respectivas responsabilidades”, segundo Fernando Rezende, no Brasil não há modelo de federalismo fiscal. “Em decorrência, as garantias financeiras instituídas para dar cobertura a direitos sociais consagrados na Constituição perdem eficácia, reduzindo em muito o potencial de alcançar os seus objetivos” (REZENDE, Fernando. “Federalismo Fiscal: em busca de um novo modelo”. In: **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. OLIVEIRA, Romualdo Portela et SANTANA, Wagner, orgs. Brasília: UNESCO, 2010, p. 86).

³³⁴ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 269. Mesmo não delimitando com tanta riqueza de detalhes as tarefas que incumbiam a cada um desses entes (SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 15. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013). Para Bercovici, a repartição de rendas (descentralização de receitas) pela Constituição Federal de 1988 não foi acompanhada de “nenhum plano ou programa de atuação definido entre União e entes federados”. Os encargos teriam sido divididos entre o governo central e os Estados e Municípios a partir do fenômeno da “descentralização por ausência” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65-67).

³³⁵ Falamos aqui em objetivo porque, diferente do que acontece em outros países, o magistério doutrinário brasileiro trata o arranjo federativo sempre como um meio – e não como um fim em si mesmo – para alcançar outros fins (ELAZAR, Daniel J. “Federalismo como meio e como fim”. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul/set 2011).

³³⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58-59. Nas palavras de Cármen Lúcia, “O objetivo da Federação é alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições

Nesse diapasão, Rui Affonso aduz que o que visa uma federação não é a “auto-sustentação financeira absoluta de todos os seus entes federados”. Assimetrias são inevitáveis, próprias da dinâmica dos estados reais. Antes, o que se deve procurar minorar são, decerto, “as heterogeneidades socioeconômicas através de um processo de desenvolvimento econômico e social”³³⁷.

Para Dircêo Ramos, “(...) o sucesso do federalismo depende de interação, da cooperação intergovernamental com o compromisso de autonomia local, a responsabilidade de controle local e a manutenção da integridade do Estado-Membro como um corpo político”³³⁸.

Até aqui, como se pode vislumbrar, o mecanismo federativo brasileiro, que lhe é próprio e maleável – quer dizer, adaptável a novas circunstâncias –, de certo, não tem estabilizados os conceitos³³⁹ de “federalismo”, “federação”, “Estado Federal” ou “princípio federativo”, que, por vezes, se confundem.

Contudo, mesmo sendo o Federalismo uma forma de Estado maleável, dele não se pode subtrair a “autonomia”³⁴⁰ ou, de outra sorte, dar-se-á a subversão do sistema federativo – daí que, dentre todas as características da dogmática federativa, aponta-se a autonomia (o poder substancial retido pelas unidades federadas, indispensável à unidade) como a principal delas. Ocorre que essa autonomia política pressupõe recursos e deve estar estabelecida na Constituição Federal – a qual incumbe ao STF proteger, zelando pela

autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 171).

³³⁷ AFFONSO, Rui de Britto Álvares. “Descentralização e Reforma do Estado: a Federação Brasileira na Encruzilhada”. In: **Economia e Sociedade**, n. 14. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp, jun/2000, p. 148.

³³⁸ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998, p. 70-71.

³³⁹ Como também não o tinha o magistério doutrinário de antes da Constituição de 1988.

³⁴⁰ Ponto comum do magistério doutrinário que trata da dogmática federativa.

“sobrevivência, equilíbrio e desenvolvimento do princípio federativo”³⁴¹ –, para reger as relações entre os entes da Federação.

E mais, vê-se que, no Brasil, a Constituição de 1988, ao referir-se ao federalismo, realiza operações lógicas distintas entre si: na primeira parte, é de descentralização de competências legislativas e enumeração exaustiva das hipóteses bem restritas de cabimento da intervenção federal nos Estados; na parte das competências tributárias, é do tipo centralizadas na União, que inclusive arrecada no lugar dos Estados tributos que lhes pertencem, que a eles devem ser devolvidos e que a eles devem ser entregues³⁴².

Nesse contexto constitucional, é possível depreender que a autonomia dos Estados e Municípios é garantida a partir da meação de recursos entre os entes da Federação³⁴³, um dos motivos por que se confere ao federalismo pátrio uma feição cooperativa³⁴⁴. Essa cooperação depende de intervenção estatal³⁴⁵, especialmente no ambiente do federalismo fiscal-financeiro, no qual os diversos entes federados competem por recursos.

É que, segundo a lógica do sistema federalista, quanto maior a tolerância, tanto maior será a diversidade entre os Estados (os povos) congregados na Federação, por isso exigir-se um tratamento assimétrico entre eles, sob pena de frustrar a unidade federativa³⁴⁶. Por conseguinte, com vistas a

³⁴¹ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 143.

³⁴² Utilizando a diferenciação que Kiyoshi Harada dá aos termos “pertencimento”, “devolução” e “entrega” (HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 71-72).

³⁴³ A atual Constituição avançou em matéria de descentralização de recursos da União, “tendo demonstrado preocupação com a saúde financeira não só dos estados como dos municípios” (RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 12-13).

³⁴⁴ Outros motivos são: o sistema de repartição de competências tanto administrativas quanto tributárias e legislativas – que combina a repartição de competências horizontal (típica do federalismo dual) conjugada com a vertical (do federalismo cooperativo), trazendo em seu bojo várias técnicas de repartição de competências, como de competências enumeradas, remanescentes, concorrentes e delegadas (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58-60).

³⁴⁵ Aliás, nesse federalismo cooperativo, há a predominância do governo federal sobre os estaduais, o que tem reflexo na distribuição de recursos públicos. Ao governo central, incumbe, então, coordenar e equalizar estruturalmente a Federação.

³⁴⁶ A assimetria é a regra e o pacto federativo é o seu limite. Se um Estado-membro não tiver o suficiente para atender suas necessidades coletivas, justificam-se transferências financeiras

amenizar as diferenças entre os entes subnacionais em termos de população, riquezas, geografia ou cultura política³⁴⁷, dividem-se as receitas do Estado Federal.

Partindo dessas considerações a respeito do Federalismo brasileiro, lança-se a averiguar de que modo se portou o Supremo Tribunal Federal frente à questão federativa suscitada no julgamento das ADIs ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243.

intergovernamentais, pautadas no princípio da solidariedade. De outra sorte, o Estado-parte estaria fadado a uma crise de sobrecarga ou ingovernabilidade.

³⁴⁷ Muitos Estados da Federação tornaram-se dependentes dos valores que lhe são repassados a título de FPE para oferecer bens e serviços às suas populações. Alguns deles têm nas transferências do Fundo quase 50% de sua receita corrente líquida.

1 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE ns. 875³⁴⁸, 1987³⁴⁹, 2.727³⁵⁰ e 3.243³⁵¹

Neste capítulo vamos analisar o processo e o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, visando apreciar os argumentos jurídicos e fundamentos normativos suscitados pelos requerentes e por outras autoridades instadas a se manifestar nos autos, bem como as decisões e manifestações dos julgadores³⁵², de modo a verificar a coerência narrativa e a consistência normativa das peças e votos.

1.1 POSTULAÇÕES E ARGUMENTOS DAS “PARTES”

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 875**. Proposta pelos governadores dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina em 18.5.1993. Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.2.2010, DJ de 30.4.2010. Ementa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n. 875/DF, ADI n. 1.987/DF, ADI n. 2.727/DF e ADI n. 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n. 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n. 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31.12.2012.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.987**. Proposta pelos governadores dos Estados do Mato Grosso e Goiás em 15.4.1999. Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.2.2010, DJ de 30.4.2010. Ementa: idem nota de rodapé n. 348. Esta, de todas, é a única que aponta vício do Legislativo por omissão inconstitucional.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.727**. Proposta pelo governador do Estado do Mato Grosso do Sul em 18.09.2002. Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.2.2010, DJ de 30.4.2010. Ementa: idem nota de rodapé n. 348.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.243**. Proposta pelo governador do Mato Grosso em 29.6.2004. Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.2.2010, DJ de 30.4.2010. Ementa: idem nota de rodapé n. 348.

³⁵² As decisões levadas a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, foram tomadas em julgamento conjunto – por força da conexão entre as ações, conforme a jurisprudência firmada pela Corte na **ADI-MC n. 150**, Relator ministro Moreira Alves, DJ de 09.03.1990 – ocorrido em 24.2.2010, no bojo das quais se discutiu a respeito da compatibilidade vertical entre o artigo 2º, incisos I e II e §§ 1º, 2º e 3º, bem como anexo único, todos da Lei Complementar n. 62, de 28.12.1989 – que dispõe acerca de normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação – e o que disposto no inciso II e parágrafo único do artigo 161 da Constituição da República – Cada uma das ADIs e ADO trouxe argumentos próprios, sobre os quais discorreremos a seguir, mas, em regra, todas elas questionaram esses dispositivos que aqui citamos e foi em torno desse núcleo legal que o próprio ministro Relator do feito delimitou o objeto das quatro demandas (fl. 17 do seu voto). Reconhecendo restar configurada tensão entre os princípios constitucionais da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, a Corte Suprema declarou que “a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação”, em decorrência do qual optou por utilizar como técnica de sua decisão a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com efeitos a partir de 31.12.2012, por reconhecer omissão legislativa inconstitucional de caráter parcial.

As ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243 e ADI n. 1.987, ora sob exame, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal em 1993, 2002, 2004 e 1999, respectivamente³⁵³. Todas elas contestavam que a Lei Complementar n. 62/89 tivesse atendido o comando contido no inciso II do art. 161 da Constituição Federal³⁵⁴, que toca o objetivo constitucional de promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados-membros da Federação.

Dentre os argumentos deduzidos pelos requerentes, salientam-se três. Primeiro, que a LC n. 62/89³⁵⁵ não teria estabelecido critérios de rateio do FPE³⁵⁶, mas, tão somente coeficientes, calculados arbitrariamente³⁵⁷, de repartição dos seus valores. Ao não externar objetivamente os critérios sobre os quais se apoiou para prever os percentuais do anexo único, a LC n. 62/89 teria impossibilitado, inclusive, a atualização dos referidos coeficientes pelo Tribunal de Contas da União³⁵⁸, desprezando a importância assumida pelas transferências constitucionais nas receitas correntes dos Estados³⁵⁹.

Segundo, o legislador complementar não teria se desincumbido de normatizar sobre a entrega dos recursos desse Fundo aos Estados a despeito do

³⁵³ A ADI n. 875 foi ajuizada pelos governadores dos estados do Sul do Brasil (RS, SC e PR) e as demais, pelos governadores dos estados do Centro-Oeste do país (MT, GO, MS).

³⁵⁴ As ADIs ns. 875 e 2.727 sustentam ter sido o parágrafo único do mesmo artigo 161 também fustigado, como ainda o artigo 3º, III. Na ADI n. 2.727 fala-se em violação do artigo 68, § 1º, e do artigo 2º, todos da Constituição Federal; na ADI n. 3.243, aponta-se como parâmetro de controle também o artigo 5º, II, do mesmo diploma constitucional.

³⁵⁵ Diferentemente da LC n. 61/89 – que trata da entrega, pela União, aos Estados e ao Distrito Federal, de 10% do que arrecadado com o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI –, editada no mesmo dia da LC n. 62/89.

³⁵⁶ Segundo os requerentes, editada “para dispor ‘especialmente’ (CF/88, Art. 161, II) sobre critérios, consagra a ausência de critérios, o adiamento da fixação dos critérios, a substituição dos critérios por ‘quotas’ e ‘coeficientes’. (...) A lei ora inquinada, elide, afasta e protela a criterização, para ir diretamente aos coeficientes” (ADI n. 875, fls. 7-8).

³⁵⁷ Os requerentes divergem quanto a se os coeficientes atualmente em vigor foram originalmente calculados segundo os critérios do Código Tributário Nacional – CTN. Os governadores de Mato Grosso e Goiás afirmam que sim, que eles (os coeficientes), até a Constituição de 1988, eram determinados pelo CTN (arts. 88-89) e que a lei complementar não mudou essa “injustiça” (ADI n. 1.987, fl. 9; ADI n. 3.243, fls. 13-17). A depender da situação de cada um dos requerentes, pleiteia-se a inconstitucionalidade do art. 2º da LC n. 62/89, para continuar calculando os percentuais de repartição do FPE segundo os critérios do CTN (ou não).

³⁵⁸ Ao ver de alguns dos requerentes, ao prever os percentuais a que cada Estado-membro da Federação faria jus no montante arrecadado no Fundo, estar-se-ia a usurpar (ADI n. 2.727, fl. 17) ou, ao menos, minimizar (ADI n. 875, fl. 10) a competência do TCU para a efetivação do cálculo das quotas-partes de cada ente federativo.

³⁵⁹ ADI n. 1.987, fl. 9. Arguem que, “de instrumento equalizador das desigualdades regionais, converte-se num instrumento agressivo da igualdade entre os Estados, princípio constitucional implícito, essencial à forma federativa” (ADI n. 875, fl. 14).

que preconiza a primeira parte do dispositivo constitucional (art. 161, inciso II³⁶⁰), cingindo-se simplesmente a fixar datas e prazos de transferência dos valores pela União para os entes estaduais.

Terceiro, que, como decorrência da não promoção do equilíbrio socioeconômico entre os Estados, a LC n. 62/89 infringiria o princípio da igualdade federativa, inscrito no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal³⁶¹:

“Só com fundamento numa *ratio*, num critério razoável, que possibilite, à luz do bom senso, perceber se está a tratar cada Estado segundo sua singularidade – que é outro modo de dizer a regra da igualdade jurídica – o tratamento díspar não será agressivo da igualdade federativa”³⁶².

Aduziram os requerentes que, ao não cumprir sua função social, quer dizer, ao não promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados, seria certo que não conferiria efetividade ao dispositivo constitucional da parte final do art. 161 e nisso tornar-se-ia incompatível verticalmente com ele³⁶³.

Por consequência, nas ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243, postulou-se a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º e anexo único da LC n. 62/89³⁶⁴; na ADI n. 1.987, pleiteou-se que a Corte reconhecesse a inconstitucionalidade por omissão do Legislativo, reconhecendo sua mora em regulamentar o inciso II do artigo 161 da Constituição Federal.

A Presidência da República³⁶⁵ pugnou pelo não conhecimento das ações, sob três argumentos. O primeiro era o de que a LC n. 62/89 é lei de índole concreta e de imediata aplicação, destituída de generalidade, abstração e impessoalidade, por isso não poderia ser questionada via ação direta de

³⁶⁰ “Art. 161. Cabe à lei complementar: (...) II – estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, (...)”

³⁶¹ Além da legitimidade da lei complementar (ADI n. 3.243, fl. 7).

³⁶² ADI n. 875, fl. 14. Mesmo argumento está contido na ADI n. 2.727, fls. 15-16.

³⁶³ ADI n. 3.243, fl. 3.

³⁶⁴ Apenas a ADI n. 1.987 revolta-se contra suposta omissão do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 161, II, da Constituição Federal. As demais insurgem-se contra o artigo 2º da LC n. 62/89, considerando-o inquinado de vício de inconstitucionalidade, duas delas tomando todos os seus parágrafos como inconstitucionais (ADIs ns. 875 e 2.727), além do que a ADI n. 875 levanta-se inclusive contra o anexo único da mesma lei complementar e a ADI n. 2.727 insurge-se também contra a Decisão Normativa/TCU n. 44/2001.

³⁶⁵ Pela Advocacia-Geral da União – AGU.

inconstitucionalidade³⁶⁶. O segundo, na linha de que a via escolhida pelos requerentes seria a imprópria, que, ao invés de ADI, eles deveriam ter movido ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista o pedido a que procederam, ou, de outra sorte, constrangeriam o STF a funcionar como legislador positivo³⁶⁷ no caso específico dos autos. O terceiro, de ordem mais prática, diz com a constatação de que, se declarada a inconstitucionalidade da LC n. 62/89, só restaria vácuo legislativo quanto à matéria do FPE³⁶⁸.

No tocante ao mérito das três ADIs, a Presidência da República rebateu que os coeficientes do anexo único da Lei Complementar n. 62/89 tivessem sido determinados arbitrariamente³⁶⁹, antes alertou que “A interpretação não pode ser dispensada, mesmo em se tratando de dispositivo de fácil compreensão, no sentido literal ou gramatical de cada palavra que compõe o texto. (...) Deve ir além disso, preocupando-se com o aspecto histórico-evolutivo do Direito”³⁷⁰.

Com vistas a alcançar a igualdade substancial entre os entes federados, argumentou, ainda, que se deve destinar a maior parte da riqueza a regiões mais necessitadas economicamente, em obediência ao objetivo constitucional de alcançar o equilíbrio socioeconômico entre os Estados da Federação³⁷¹.

³⁶⁶ CGU/AGU, ADI n. 875, fl. 61.

³⁶⁷ “O instrumento da ação direta de inconstitucionalidade serve apenas para afastar normas infraconstitucionais ou emendas constitucionais que contrariem à Constituição. Não se presta para que o Poder Judiciário possa editar a norma infraconstitucional que não teria sido editada” (PGFN/AGU, ADI n. 3.243, fl. 107).

³⁶⁸ PGFN/AGU, ADI n. 3.243, fl. 107.

³⁶⁹ Convida a rememorar o debate político que se deu em torno da aprovação da LC n. 62/89, que, por certo, não teria alcançado o consenso necessário à sua aprovação, a não ser que tivesse distribuído o FPE conforme critérios naquele momento aceitos por todos os parlamentares. Ocorre que, “(...) se a explicitação de critérios é dispensável, a sua expressão numérica não o é” (CGU/AGU, ADI n. 875, fl. 61). Isso porque, seguindo Ives Gandra Martins, que leciona que “(...) apenas os percentuais devem ser estabelecidos pela lei complementar, porque eles, na expressão do legislador supremo, constituem os critérios de distribuição”, qualquer que fosse o critério distributivo adotado, ele seria expresso numericamente, como a LC n. 62/89 o fez. Ao que concluem: “(...) não há a possibilidade de se auferir somente pelos elementos que a lei fornece, se houve ou não ofensa à promoção do equilíbrio socioeconômico entre os Estados integrantes da Federação” (CGU/AGU, ADI n. 875, fl. 61).

³⁷⁰ CONJUR/MJ, ADI n. 875, fl. 65.

³⁷¹ PGFN, ADI n. 3.243, fl. 106.

O Congresso Nacional, quanto ao mérito³⁷², contra-argumentou que os indigitados critérios de rateio, de que os governadores alegavam sentir falta, estariam, sim, definidos na LC n. 62/89³⁷³.

Quanto a se o equilíbrio socioeconômico foi privilegiado com a disposição da LC n. 62/89, o Presidente do Congresso Nacional fez saber que o Projeto dessa Lei Complementar³⁷⁴ foi fruto do “consenso geral, livre, justo e democrático”, do acordo entre os Secretários Estaduais de Fazenda e Finanças do País, entre outubro/1988 e fevereiro/1989³⁷⁵. Arguiu também que não há como invocar isoladamente a norma inserta no artigo 161, inciso II, da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é declaradamente “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios” como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade de lei³⁷⁶, pois ela seria norma do tipo programática³⁷⁷.

³⁷² As preliminares de não conhecimento aplicáveis a apenas um dos casos estudados, exatamente porque toca sua peculiaridade com relação aos demais, dão por certo que as razões que enumeram se configuram bastantes para fulminar a pretensão das seguintes ADIs: a) a via eleita seria incabível (ADI n. 1.987) ou inadequada (ADI n. 3.243); b) o requerente não teria feito constar como objeto da ADI n. 3.243 todo o complexo normativo que impugnou (quer dizer, inclusive os artigos 88-90 do CTN), o que comprometeria a eficácia do resultado do julgamento; e c) os requerentes da ADI n. 2.727 teria apontado como objeto da ação direta ato normativo acessório não passível de controle via ADI (a Decisão Normativa/TCU n. 44/2001). As três preliminares extensivas às quatro ações sob análise, uma vez que todas se insurgem contra o art. 2º da LC n. 62/89 como um todo, tem relação cada uma com um dos parágrafos desse art. 2º: a) O § 1º já estaria superado. Desde 1992, não teria mais incidência, não sendo passível de controle abstrato de constitucionalidade (ADI n. 2.727, fl. 141); b) quanto ao § 2º, “Entendendo-se, porém, que há no ordenamento jurídico norma que faça as vezes da lei específica exigida na LC, a questão não será de constitucionalidade, mas, sim, de legalidade, não sendo passível de controle abstrato de normas” (ADI n. 2.727, fl. 142); e c) por fim, sobre o § 3º, este seria só norma de transição. “Aqui a declaração de inconstitucionalidade, e declaração de nulidade da norma, agravaria justamente a situação combatida pelo Autor” (ADI n. 2.727, fl. 142).

³⁷³ ADI n. 1.987, fl. 53. E se aqueles que passariam a vigorar a partir de 1992 seriam decretados por “lei específica”, não teria querido o legislador complementar criar a possibilidade de o assunto vir a ser tratado por “lei ordinária”.

³⁷⁴ De n. 104/89 na Câmara dos Deputados.

³⁷⁵ ADI n. 875, fls. 32-33.

³⁷⁶ ADI n. 3243, fls. 62-63.

³⁷⁷ Aquelas que “têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia” (MIRANDA *apud* autor da ADI n. 3.243, fl. 62). Aquelas que utilizam conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados, e sua “(...) eficácia social depende da própria evolução das situações de fato” (FERRAZ JR *apud* autor da ADI n. 3.243, fl. 63).

Tendo se manifestado em três das quatro ADIs³⁷⁸, o Advogado-Geral da União, além de elencar preliminares de não conhecimento das ADIs³⁷⁹, refutou que a LC n. 62/89 não tivesse publicado critérios sobre como proceder à repartição do FPE. Ao contrário, aduziu que ela teria afixado critérios provisórios de divisão dos recursos do FPE, além do que teria previsto a fixação de critérios definitivos em lei específica³⁸⁰.

Segundo argumentou, muito provavelmente, estes novos critérios que viessem a despontar, com vistas a privilegiar o princípio da igualdade federativa e o desiderato constitucional de diminuir as desigualdades regionais em busca do equilíbrio socioeconômico entre os Estados da Federação, continuariam

³⁷⁸ ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243, calando-se somente na ADI n. 1.987, utilizando-se de faculdade sua de se manifestar em ação de controle de constitucionalidade por omissão, consoante entendimento jurisprudencial do STF (ADI n. 23/QO: “EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Audiência do Advogado-Geral da União (art. 103, §§ 3º e 2º, da C.F. de 1988). A Audiência do Advogado-Geral da União, prevista no art. 103, § 3º, da CF de 1988, é necessária na ação direta de inconstitucionalidade, em tese, de norma legal, ou ato normativo (já existentes), para e manifestar sobre o ato ou texto impugnado – Não, porém, na ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, prevista no § 2º do mesmo dispositivo, pois nesta se pressupõe, exatamente, a inexistência de norma ou ato normativo”).

³⁷⁹ Ele adverte quanto ao não cabimento das ADIs ns. 875 e 3.243 – que, a propósito, deveriam ter julgamento simultâneo, por se ocuparem de tema conexo (ADI n. 3.243, fls. 115-116) –, haja vista esta não ser a via adequada para expressar inconformidade de natureza política contra a LC n. 62/89, que tem evidentes efeitos concretos “por se referir a relações jurídicas com destinatários certos e objeto determinado – repasse de valores, de acordo com os cálculos efetuados pelo Tribunal de Contas da União” (ADI n. 3.243, fl. 117). Submetê-las (as ADIs acima referidas) a julgamento de mérito, seria o mesmo que atribuir ao Poder Judiciário as funções de legislador positivo, o que é inadmissível, “(...) haja vista que no sistema de repartição de competências previsto na Carta Magna somente o Congresso Nacional tem atribuições para legislar sobre a matéria questionada e, conseqüentemente, estabelecer, os critérios de distribuição dos recursos do FPE” (ADI n. 3.243, fl. 116). Não só isso. Faz parte das preocupações externadas pelo Advogado-Geral da União inclusive que, caso confirmada a inconstitucionalidade da LC n. 62/89, serão excluídos do sistema jurídico os únicos dispositivos que estabelecem as cotas de repasse dos recursos do FPE para os Estados-membros (ADI n. 3.243, fl. 119), a exemplo do julgamento da ADI n. 1.996 contra a Lei do Salário Mínimo (ADI n. 1.996): “EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Medida Provisória nº 1.824, de 30.04.99, que instituiu o Novo Salário Mínimo. Alegada ofensa aos artigos 68, § 1º, II; 246; 7º, inc. IV; e 201, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Impossibilidade de apreciação da primeira ação, por objetivar resultado incompatível com o interesse dos assalariados, qual seja, a eliminação do mundo jurídico de lei que, mal ou bem, reajustou o salário mínimo. Descabimento, na segunda, de medida cautelar, providência insuscetível de antecipar efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final.” Em ambos os julgamentos, levou-se muito em consideração que a extirpação da lei atacada via ADI redundaria em vácuo legislativo, piorando as situações de inconstitucionalidade que repugnavam.

³⁸⁰ ADI n. 875, fl. 84.

a prever quotas diferentes para cada um dos entes federativos³⁸¹, o que seria inerente à dinâmica constitucional.

Em sustentação oral, o Advogado-Geral da União arrazouou que a fixação dos índices constantes no anexo único da Lei Complementar atacada não foi arbitrária, antes teria sido o resultado do consenso do Legislativo a respeito do tema. Alternativamente, pediu que os julgadores modulassem os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Para o Procurador-Geral da República³⁸², a LC n. 62/89 não deixou de firmar os critérios de distribuição do FPE³⁸³, conforme a exigência do inciso II do artigo 161 da Constituição Federal³⁸⁴, e que a referida lei complementar tem efeitos concretos³⁸⁵. Por conseguinte, afirma que contra ela não seriam oponíveis nem ADO nem ADI.

1.2 DECISÕES E MANIFESTAÇÕES DOS JULGADORES

O julgamento das ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243 e ADI n. 1.987 perante o Supremo Tribunal Federal, em 24.2.2010, gravitou em torno de três aspectos, basicamente: a um, o do acolhimento da tese da fungibilidade entre ADI e ADO; a dois, o dos fundamentos adotados pelo STF para a declaração de inconstitucionalidade, ao passo que “considerou que a norma tornou-se

³⁸¹ ADI n. 875, fls. 90-92 e ADI n. 3.243, fl. 121.

³⁸² Além de articular argumentos de mérito, apresentou razões que justificariam, na sua opinião, o não conhecimento das ADIs: a uma, porque “não é o meio adequado para e discutir critério de distribuição dos recursos de fundo estabelecido em lei complementar” (ADI n. 3.243, fl. 127). Enfim, só é admissível ADI contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade (ADI n. 875, fl. 96). A duas, oposta ao processamento da ADI n. 2.727, porque não cabe contestar via ADI a Decisão Normativa/TCU n. 44/2001, uma vez que esta decisão situa-se no “terreno da legalidade”, sendo uma mera reprodução da LC n. 62/89 (ADI n. 2.727, fl. 149). A três, aplicável tão-só à ADI n. 1.987, porque o art. 161, inciso II, da Constituição foi regulamentado pela LC n. 62/89. “(...) as hipóteses de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são apenas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo” (ADI n. 1.987, fl. 61).

³⁸³ Por mais singela possa parecer a mecânica empregada, suas indicações não deixam de encerrar um critério de rateio. Como se vê, a verdadeira controvérsia veiculada nesta ação direta revela um caráter mais terminológico que propriamente constitucional, não se afigurando razoável solucioná-la mediante a pronúncia de nulidade da Lei Complementar n. 62/1989 (ADI n. 2.727, fl. 150). Em mesmo sentido: ADI n. 875, fls. 95-96.

³⁸⁴ ADI n. 875, fls. 95-96.

³⁸⁵ Não é a hipótese de ADO (ADI n. 2.727, fl. 150).

inconstitucional pela alteração do substrato socioeconômico sobre o qual deveria incidir³⁸⁶; e, a três, o da técnica de decisão escolhida pelo Tribunal, que declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei, prolongando a vigência da lei até 31.12.2012³⁸⁷.

Seguindo o voto do ministro Relator Gilmar Mendes, todos os ministros da Corte reconheceram a omissão parcial do Legislativo e consequente inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 62/89 a partir de 1992³⁸⁸.

O ministro Gilmar Mendes³⁸⁹ considerou que, conquanto sejam inconfundíveis ADI e ADO, seria praticamente impossível ou, ao menos, problemática, diante de suas próprias características³⁹⁰, sua diferenciação na prática³⁹¹. Ao seu ver, já não mais haveria “omissões puras”³⁹² do legislador, mas tão só omissões parciais³⁹³. Daí que, nas suas palavras, “a imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos individuais contra a omissão

³⁸⁶ CORREIA NETO, Celso de Barros. “Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE”. In: **Consultor Jurídico**, de 15.3.2014. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 24.3.2014.

³⁸⁷ No livro em que relata as mais relevantes decisões de que participou no Supremo Tribunal Federal entre 2002-2010, o ministro Gilmar Mendes, ao tratar deste julgado, delimita ter esse julgamento se tratado de dois temas: da “certa” fungibilidade entre ADI e ADO (e possibilidade de utilização simultânea dos dois instrumentos) e da técnica de decisão utilizada para solucionar o impasse constitucional (MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**: decisões relevantes em 9 anos de atuação no STF, 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111-112).

³⁸⁸ “Não há a menor dúvida de que a lei complementar conflita com a Constituição Federal, no que congelou percentuais, projetando-os no tempo, sem levar em conta o equilíbrio socioeconômico preconizado na parte final do inciso II do artigo 161. Então, tem-se realmente um conflito” (à parte pelo ministro Marco Aurélio, à fl. 293 do julgado).

³⁸⁹ O ministro Néri da Silveira foi designado relator das ADIs ns. 875 e 1.987 e, antes que se aposentasse, apresentou as duas ações em mesa ainda em 1º.4.2002. No dia 22.4.2002, iam a julgamento quando, pelo adiantado da hora, os ministros da Suprema Corte adiaram-no.

³⁹⁰ Fl. 230 do julgado. “O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar a patente fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (fl. 233).

³⁹¹ “Isso não significa negar a natureza distinta, o rito próprio e as especificidades de cada ação” (fl. 243).

³⁹² Fl. 234 do acórdão.

³⁹³ “(...) se considerada atendida a maioria das exigências constitucionais de legislar, não restarão senão os casos de omissão parcial, seja porque o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõe-lhe um dever de adequação do complexo existente” (fl. 233 do acórdão).

legislativa”³⁹⁴. Assim, reconhecendo a fungibilidade entre as ações de controle de constitucionalidade, conheceu todas as quatro ADIs sob análise³⁹⁵.

Quanto à repartição do FPE em si, a decisão se volta a demarcar que a omissão parcial legislativa reside não na natureza provisória da lei complementar do FPE nem no caráter político apressado de que se revestiu a aprovação dessa norma. “Vício de inconstitucionalidade parece haver, contudo, no atendimento inadequado da exigência contida no final do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual os critérios de rateio dos fundos de participação deveriam promover o equilíbrio socioeconômico entre Estado e entre Municípios”³⁹⁶.

A presunção de que a LC n. 62/89 não atendeu adequadamente ao mandamento constitucional, firmou-a pelo fato de os coeficientes da norma impugnada terem sido calculados com base em critérios desatualizados do IBGE³⁹⁷, sem revisões periódicas³⁹⁸, com base na média dos coeficientes obtida durante a década de 80, apurados segundo o CTN³⁹⁹. Ao que concluiu:

Por uma questão de lógica, é possível concluir que os únicos critérios de rateio aptos ao atendimento da exigência constitucional são aqueles que assimilem e retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências, pois, se esses critérios têm por escopo a atenuação das desigualdades regionais, com a consequente promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados, **revela-se primordial que eles permitam que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas (o IBGE, por exemplo), possam influir na definição dos coeficientes de participação.** Não se pode pretender a modificação de um determinado *status quo*, sem que se conheçam e se considerem as suas peculiaridades.⁴⁰⁰

³⁹⁴ Fl. 234. “(...) os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter o mesmo objeto, formal e substancialmente, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude” (fl. 235 do acórdão).

³⁹⁵ Fl. 244 do acórdão.

³⁹⁶ Fl. 252 do acórdão.

³⁹⁷ Fl. 259 do acórdão.

³⁹⁸ Fl. 260 do acórdão.

³⁹⁹ Fls. 261 e ss. do acórdão.

⁴⁰⁰ Fl. 259. Grifos no original.

E foi enfático ao afirmar que “viola o bom senso imaginar que lei editada em 1989 – apenas com base em médias históricas apuradas à época – ainda possa retratar a realidade socioeconômica dos entes estaduais”⁴⁰¹.

No seu entendimento, nem competiria, à lei complementar estabelecer diretamente os referidos coeficientes⁴⁰², a não ser que os fatores de representatividade da sociedade⁴⁰³ também não mudassem⁴⁰⁴. Diversamente, a legislação complementar tinha que disciplinar os “critérios” de rateio do FPE, como a LC n. 91/97 faz e o CTN fazia⁴⁰⁵.

A argumentação do relator culmina em que “a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão inconstitucional”⁴⁰⁶. E o julgamento se convola na decisão sobre qual é a técnica decisória mais adequada ao caso, sobre “como lidar com a omissão parcial”⁴⁰⁷.

É que, conquanto o ministro Gilmar Mendes tenha reconhecido que a LC n. 62/89 estava eivada de vício de inconstitucionalidade por não satisfazer integralmente o inciso II do art. 161 da CF, “sua imediata supressão da ordem jurídica representaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia

⁴⁰¹ Fl. 260 do acórdão.

⁴⁰² Fl. 261.

⁴⁰³ Por exemplo: população, produção, renda *per capita*, receita e despesa dos entes estaduais etc.

⁴⁰⁴ Simulando que os fatores de representatividade eleitos pelo Legislativo fossem população, renda *per capita*, PIB, PIB *per capita* e/ou área territorial, colaciona ao seu voto dados do IBGE, de 1985 e de 2007, para mostrar a mudança na dinâmica social nesses 22 anos (fls. 264-270).

⁴⁰⁵ “Trata-se da adequação do complexo normativo existente (...), em virtude de provável mudança nas relações fáticas” (Fl. 271 do acórdão).

⁴⁰⁶ Fl. 235 do acórdão. Na fl. 239: “Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, ao mais das vezes, a solver os problemas decorrentes da omissão parcial”.

⁴⁰⁷ Fl. 295 do acórdão. “A questão fundamental reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa” (fl. 239). “A opção por uma técnica diferenciada de decisão pode trazer soluções viáveis para as presentes ações diretas de inconstitucionalidade. Aqui, não se trata mais de saber se as ações são de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (parcial), mas de encontrar uma técnica de decisão para superar o alegado estado de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial” (fl. 242 do acórdão).

dos Estados, uma vez que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos”⁴⁰⁸.

Assemelhar-se-ia o caso sob julgamento àqueles casos em que a lei, mesmo inconstitucional, é “indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei”⁴⁰⁹. Em casos que tais, “a superação da situação inconstitucional deveria ocorrer em duas etapas”⁴¹⁰. E assim enunciou o tema da colisão de princípios.

O tema da ponderação de princípios ganhou relevo neste julgado ao passo que pretendeu explicar o porquê de a Corte ter aplicado a norma do art. 27 da Lei n. 9.868/99, que tem “caráter fundamentalmente interpretativo”⁴¹¹, modulando os efeitos da decisão para 31.12.2012 e, de certa forma, estabelecendo prazo para que o Legislativo reeditasse lei complementar tendente a cuidar da mesma matéria.

É que se reconheceu que “configurada eventual tensão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser (...) levada a efeito em um processo de complexa ponderação”⁴¹². E, em complemento, que o princípio da nulidade “somente há de ser afastado se for possível demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social”⁴¹³.

O “severo juízo” de ponderação ao qual afirmou proceder, justificou-o como fundado no princípio da proporcionalidade, que faz “prevalecer a ideia de

⁴⁰⁸ Fl. 272. “(...) em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional” (fl. 272). Ex.: Salário mínimo. “Portanto, a suspensão de aplicação da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial” (fls. 273-274).

⁴⁰⁹ Fl. 274.

⁴¹⁰ Fl. 274.

⁴¹¹ Já que se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados, “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

⁴¹² Fl. 275. “(...) sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações” (fls. 274-275).

⁴¹³ Fl. 276.

segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante”⁴¹⁴ à ideia de nulidade da lei inconstitucional. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito garantiria a justeza da decisão, que, anota, não se baseia em “consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”⁴¹⁵.

Essas foram as razões expostas a justificar o voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º da LC n. 62/89, sem pronúncia de nulidade, de forma que ele ainda legitimasse as transferências dos recursos do FPE até o dia 31.12.2012.

E, durante os debates com os demais ministros do STF⁴¹⁶, vislumbrou na LC n. 62/89 sua “progressiva inconstitucionalização”, querendo com isso dizer que, quanto mais o tempo passasse, mais aberrante se tornaria repartir os recursos do FPE com lastro naquela lei⁴¹⁷. Por fim, expôs: “Eu tenho a impressão de que é até uma contribuição que nós vamos dar para a discussão sobre a reforma tributária”⁴¹⁸ projetar por tempo determinado a “sobrevida”⁴¹⁹ da lei complementar atacada.

O debate que se seguiu concentrou-se na decisão quanto à técnica de decisão mais adequada ao caso. O ministro Ayres Britto, por exemplo, inicialmente entendia pela improcedência das ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243 e tão-só declarava a omissão legislativa, reconhecendo a mora em elaborar a “lei específica” a que se referiu o § 2º da LC n. 62/89⁴²⁰. Depois concluiu que “eficacialmente é uma boa decisão” aquela proposta pelo ministro Relator e a ela aderiu⁴²¹, enaltecendo-a também porque “profilacticamente” aponta para o

⁴¹⁴ Fl. 276.

⁴¹⁵ Fl. 276.

⁴¹⁶ Sustentou integralmente o seu voto, aduzindo que houve o tempo em que a Corte só podia escolher entre julgar improcedente e apelar ao Legislador para que esse suprisse a lacuna da lei ou julgar procedente e, em casos como este, gerar o caos (Fls. 291-292).

⁴¹⁷ Fl. 292.

⁴¹⁸ Fl. 297.

⁴¹⁹ É bom que se esclareça que este termo (“sobrevida”) quem o utiliza é esta mestrandia. Caso não o esclarecêssemos, poderia parecer que tinha sido utilizado pelo ministro Gilmar Mendes.

⁴²⁰ Fl. 289 do acórdão.

⁴²¹ Fl. 288 do acórdão.

legislador a necessidade de estabelecer critérios móveis, que levem em conta a “cambiância, que é própria da vida”⁴²².

A ministra Cármen Lúcia fazia o juízo de que, tendo em vista a edição da LC n. 62 em 1989 – fruto da pressa do Legislativo em dar solução ao “estado de necessidade legislativa” imposto pelo art. 39 do ADCT –, a ADI n. 875, que ela pensou ter sido ajuizada também em 1989⁴²³, não tinha fundamento. A “inconstitucionalização” da referida lei teria ocorrido ao longo dos últimos 20 anos a contar da data daquele julgamento. Demonstrou reputar relevante que a decisão da Suprema Corte fosse acompanhada de um “determinante” para o Congresso Nacional legislar, por isso decidiu pela procedência das ADIs, julgando na linha do ministro Gilmar Mendes⁴²⁴.

O ministro Cezar Peluso foi quem primeiro previu que haveria “problema” caso o Congresso não editasse a lei nova no termo aprazado pelo STF⁴²⁵, daí que concordava fosse dado maior prazo de eficácia *pro futuro* à LC n. 62/89, levando em conta que os trâmites burocráticos e a exigência de consenso sobre o tema entre os congressistas poderia tomar mais tempo⁴²⁶. Em decorrência disso, queria que ficasse claro na decisão que “decorrido o prazo, a lei fica sem efeito. Isso que permite aos Estados uma pressão política à votação oportuna da lei”⁴²⁷ – o que o ministro Ayres Britto entendeu desnecessário consignar. Anotou, ainda, a necessidade de a nova lei complementar a ser editada pelo Legislativo prever critérios móveis, “que se fossem aplicando às mudanças da realidade”⁴²⁸.

O ministro Dias Toffoli externou acreditar que, a não ser que fosse levado a cabo a técnica de decisão proposta pelo ministro Gilmar Mendes, o Congresso não iria legislar a contento⁴²⁹. O prazo de 24 meses ao Legislativo, a seu ver, seria suficiente – inclusive rememorou a Corte de caso em que o

⁴²² Fl. 291 do acórdão.

⁴²³ Na verdade, a ADI n. 875 foi ajuizada no STF em 1993.

⁴²⁴ Fls. 280, 281 e 288 do acórdão.

⁴²⁵ Fl. 280 do acórdão.

⁴²⁶ Fl. 299 do acórdão.

⁴²⁷ Fl. 296 do acórdão.

⁴²⁸ Fl. 283 do acórdão.

⁴²⁹ Fl. 281 do acórdão.

Congresso Nacional legislou em 24 horas⁴³⁰. Não obstante, foi o autor da sugestão de que, em vez de 24 meses de prazo, fosse concedido ao Legislativo dois anos fiscais, de maneira que o rateio do FPE continuasse a ser efetuado segundo as determinações da LC n. 62/89 até 31.12.2012⁴³¹.

O ministro Ricardo Lewandowski compreendia que a simples sinalização da inconstitucionalidade ao Legislativo levaria a vácuo legislativo, evitável desde que se assegurasse a vigência da lei por mais algum tempo, como o fazia o ministro Gilmar Mendes⁴³². No seu entender, a lei, no princípio, não era inconstitucional, antes essa inconstitucionalidade foi-se consubstanciando ao longo do tempo. Asseverou que “(...) nós não estamos fixando um prazo para o Congresso Nacional, nós estamos nos utilizando do artigo 27, exatamente para

⁴³⁰ Fl. 287 do acórdão. Referiu-se ao conhecido “caso da criação de Municípios”, tratado na ADI n. 3.682, que restou assim ementado: “EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a Lei Complementar a que se refere o § 40 do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional n° 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”. Tornou a fazer menção a este caso às fls. 295 e 296 do julgado.

⁴³¹ Fl. 299 do acórdão.

⁴³² Fl. 282 do acórdão.

modular: nós declaramos a inconstitucionalidade, mas projetamos no tempo a eficácia dessa nossa decisão”⁴³³.

Para o ministro Eros Grau, os coeficientes da LC n. 62/89 tinham sido definidos conforme o CTN, portanto estariam defasados os seus critérios desde 1965⁴³⁴. E, considerando que o tema é delicado, haja vista ser técnico e depender de amplo consenso, levando em conta que inclusive o Supremo Tribunal Federal levou bastante tempo para julgá-lo⁴³⁵, fez avaliação de que, muito provavelmente, o Congresso Nacional careceria de mais tempo para editar a nova lei complementar⁴³⁶.

A participação do ministro Joaquim Barbosa cingiu-se à recomendação de que fosse dilatado o termo de vigência da LC n. 62/89⁴³⁷.

Quanto a que, desde 1992, o Legislativo estaria em mora legislativa – porquanto deveria ter editado lei que, dotada de dados atualizados que subsidiassem os cálculos dos coeficientes de rateio do FPE, promoveria, de fato, o equilíbrio socioeconômico entre os Estados –, os ministros da Corte foram unânimes.

A divergência que se instaurou no julgamento em tela tocou substancialmente a técnica de decisão escolhida pelos ministros do STF. Enquanto o Relator, a partir de um “processo de complexa ponderação”, votou no sentido da inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade do artigo 2º, incisos e parágrafos, e anexo único da LC n. 62/89 objetos do *decisum*, para projetar sua vigência *pro futuro*, o ministro Marco Aurélio foi o único que não anuiu com tal conclusão.

Em seu voto divergente, o ministro Marco Aurélio demonstrou preocupação com relação ao vácuo legislativo operado desde quando o Legislativo reconhecidamente está em mora (1992) até a data do julgamento que isso declarava (fevereiro de 2010) que, ao seu ver, o voto capitaneado pelo relator

⁴³³ Fl. 298 do acórdão.

⁴³⁴ Fl. 285 do acórdão.

⁴³⁵ Já havia sido colocado em pauta pelo ministro Néri da Silveira havia oito anos.

⁴³⁶ Fl. 295 do julgado.

⁴³⁷ Fls. 286, 297 e 299 do julgado.

não supria. Quer dizer, questionava se seriam legítimos os rateios verificados até então. Seria preciso acolher “esse congelamento previsto na lei primitiva, a complementar”⁴³⁸.

Nessa esteira, reconheceu que a situação colocada no julgamento da questão do rateio do FPE é difícil, pois, se por um lado a lei complementar impugnada é inconstitucional, por outro lado essa inconstitucionalidade criaria um vácuo legislativo que conduziria a não legitimação de rateios operados entre 1992 e 2010⁴³⁹.

Demonstrando estranheza à hipótese sugerida pelo relator de estender por mais dois anos a vigência dos dispositivos questionados na LC n. 62/89, concluiu pela improcedência das ADIs ns. 875, 2.727 e 3.243 e sinalização de “estado de necessidade legislativa” ao Congresso.

Entendeu que a omissão se dava a partir da data daquele julgamento (fevereiro/2010) e que, até ali, a LC n. 62/89 teria legitimado a repartição dos recursos do FPE⁴⁴⁰. Por isso, considerou procedente a ADI n. 1.987, mas sem aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Deixou, no entanto, de cravar prazo ao Legislativo “porque, pela Constituição, somente é [seria] possível fazê-lo se a omissão for de autoridade administrativa de outro poder”⁴⁴¹.

Dessa feita, mesmo registrada a divergência do ministro Marco Aurélio no julgamento das ADIs ns. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, por maioria de votos, declarou-se a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 2º, incisos I e II e §§ 1º, 2º e 3º, da LC n. 62/89, nos exatos termos do voto do Relator, superando entendimento anterior da Corte⁴⁴².

Ressalte-se, por oportuno, que os ministros do Supremo Tribunal Federal, como um todo, consideraram que se o artigo 2º da LC n. 62/89 deixasse de vigor, até que fosse prolatada nova legislação complementar com respeito ao tema, haveria vácuo legislativo, o que redundaria na “não legitimação dos

⁴³⁸ Fl. 281 do acórdão.

⁴³⁹ Fl. 285 do acórdão.

⁴⁴⁰ Fl. 290 do acórdão.

⁴⁴¹ Fl. 294 do acórdão.

⁴⁴² ADI n. 986 e ADI n. 1.442.

rateios”⁴⁴³, “com consequências econômico-financeiras para os Estados”⁴⁴⁴, pois a “decorrido o prazo, a lei fica sem efeito”⁴⁴⁵ e “o menos aquinhoadado ficaria sem nada”⁴⁴⁶, o que seria ainda pior⁴⁴⁷.

1.3 CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS E POLÍTICAS DA DECISÃO DO STF

Em novembro de 2012, ou seja, pouco antes de se exaurir o prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para que o Congresso Nacional fizesse aprovar nova lei complementar disciplinadora de “critérios móveis” de legitimação dos rateios do FPE, tramitou no Tribunal de Contas da União – TCU representação formulada com vistas à aprovação do anteprojeto de decisão normativa relativa ao cálculo das quotas de distribuição do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal que vigeriam durante o ano de 2013.

Pautando-se pelos princípios da segurança jurídica e da prudência, acordaram os ministros do Tribunal de Contas da União – TCU, seguindo o voto do relator, ministro Walton Alencar Rodrigues, em determinar que os Estados-membros da Federação continuassem recebendo suas quotas-partes do FPE de acordo com os percentuais do anexo único da LC n. 62/89 até que sobreviesse nova disciplina legal, afinal “a União não pode reter os aludidos recursos, os quais pertencem constitucionalmente aos Estados e ao Distrito Federal”⁴⁴⁸.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi ajuizada nova ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ADO n. 23⁴⁴⁹, cujo pedido de liminar foi julgado pelo ministro Ricardo Lewandowski em 24.1.2013. Nela os

⁴⁴³ Voto do ministro Marco Aurélio, fl. 281.

⁴⁴⁴ Voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 297.

⁴⁴⁵ Voto do ministro Cezar Peluso, fl. 296.

⁴⁴⁶ Voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 292.

⁴⁴⁷ “Só fica o problema se o Congresso não editar lei nova” (Voto do ministro Cezar Peluso, fl. 280).

⁴⁴⁸ Voto do ministro Walton Alencar Rodrigues, fl. 2 (TC n. 040.431/2012-6, que deu azo ao Acórdão n. 3135/2012-TCU-Plenário). Nesses termos, foi editada a Decisão Normativa – TCU n. 123, de 21.11.2012.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO n. 23**, ajuizada pelos governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco em 21.1.2013. Relator ministro Dias Toffoli, liminar julgada monocraticamente pelo ministro Ricardo Lewandowski em 24.1.2013, DJ de 31.1.2013. Continua pendente de julgamento de mérito.

governadores dos Estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco⁴⁵⁰ insurgiram-se contra a inércia do Legislativo federal, que ainda não tinha dado efetividade ao inciso II do artigo 161 da Constituição de 1988.

Registraram os requerentes que, enquanto vigente o art. 2º da LC n. 62/89, especificamente por força do seu § 3º, estavam garantidos os repasses dos valores ajuntados no FPE aos Estados e Distrito Federal, mas que, ante a mora legislativa, tal situação “origina [originou] um estado de insegurança jurídica ainda mais grave do que aquele constatado no julgamento mencionado”⁴⁵¹ – fazendo alusão ao julgamento levado a cabo pelo STF, em 24.2.2010.

Dessa feita, pleitearam a concessão de medida cautelar, para que fosse determinada “solução provisória para a omissão legislativa verificada, mediante a manutenção da vigência do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único da Lei Complementar n. 62/89, até que o órgão omissor adote as providências necessárias para disciplinar a matéria”⁴⁵².

Instado a se pronunciar, o Presidente do Senado Federal prestou informações, no sentido de que inexistia omissão inconstitucional do Congresso no tocante ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que tramitavam regularmente em ambas as Casas Legislativas federais inúmeros Projetos de Lei Complementar destinados a disciplinar a forma de repartição dos valores do FPE.

Assim é que, monocraticamente, o ministro Lewandowski reconheceu que, “não obstante tenha passado a existir um vácuo legislativo quanto aos critérios de distribuição”, as verbas que integram o Fundo “pertencem de pleno direito aos Estados e ao Distrito Federal, sendo a União mera depositária destas”. E mais, que o

(...) eventual indeferimento da medida cautelar pleiteada poderá ensejar o descumprimento integral do art. 159, I, a, da Constituição, situação que provocaria grave desequilíbrio

⁴⁵⁰ Já se habilitaram como *amici curiae* na ADO os governadores dos Estados do Ceará, Paraíba, Goiás, Alagoas, Sergipe, São Paulo e Tocantins.

⁴⁵¹ ADO n. 23, fl. 4 da petição inicial.

⁴⁵² ADO n. 23, fl. 13 da petição inicial.

econômico para os Estados requerentes, com prejuízos irreparáveis à respectiva população.⁴⁵³

Por isso, considerando que “o Congresso Nacional está envidando os esforços possíveis para solucionar o tema em questão” e que o assunto é “de grande complexidade conceitual” e “de elevada sensibilidade no tocante ao próprio pacto federativo brasileiro”, deferiu em parte a liminar pleiteada,

(...) para garantir aos Estados e ao Distrito Federal o repasse pela União, das verbas do fundo a que alude o art. 159, I, a, da Constituição da República, no percentual nele estabelecido, em conformidade com os critérios anteriormente vigentes, por mais 150 (cento e cinquenta) dias, a contar da intimação desta medida cautelar, desde que não sobrevenha nova disciplina jurídica, sem prejuízo de eventuais compensações financeiras, entre os entes federados, a serem eventualmente definidas em lei complementar.

Em 17.7.2013, foi publicada a Lei Complementar n. 143/2013, que alterou a redação do art. 2º da LC n. 62/89, de maneira a manter aplicáveis os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal, aqueles mesmos constantes no anexo único do texto legal de 1989, até 31.12.2015 e definindo que, a partir de 1º.1.2016, funcionarão como critérios ao cálculo dos coeficientes os fatores representativos da população e do inverso da renda domiciliar per capita.

Atacando a nova disciplina de distribuição dos recursos do FPE, sabe-se que foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a ADI n. 5.069⁴⁵⁴, que, ao ver de Celso Correia Neto, “chama atenção pela singular oportunidade que proporciona ao STF de revisitar o tema julgado na ADI 875 e, sobretudo, de avaliar o efetivo atendimento por parte do Congresso Nacional dos parâmetros jurídicos definidos nessa decisão”⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Decisão Monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 6.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.069**. Proposta pelo governador do Estado de Alagoas em 25.11.2013. Relator ministro Dias Toffoli. Aplicado o artigo 12 da Lei n. 9.868/99, os autos, em 4.4.2014, estavam ainda sem julgamento, com vistas à PGR.

⁴⁵⁵ CORREIA NETO, Celso de Barros. “Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE”. In: **Consultor Jurídico**, de 15.3.2014. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 24.3.2014.

1.4 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Quanto ao julgamento das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, embora o relator das ações diretas tenha feito menção aos fundos de participação como importantes instrumentos do federalismo cooperativo brasileiro, os ministros daquele Tribunal não levaram em conta o teor do princípio federativo ao modular os efeitos da decisão declarativa de inconstitucionalidade, que poderia conduzir a “não legitimação dos rateios” se, após a data de 31.12.2012, o Congresso Nacional não tivesse elaborado nova normativa a respeito.

Assim, a pretexto de evitar “vácuo legislativo”, em vez de não modular os efeitos da decisão e apenas sinalizar o Legislativo de sua mora⁴⁵⁶ – o que manteria vigente a regra de transição do § 3º do artigo 2º da LC n. 62/89 –, o STF preferiu projetar *pro futuro* a vigência da referida LC, o que gerou o que o próprio ministro Gilmar Mendes denomina de “omissão ao quadrado”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ A teor do que dispõe o art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

⁴⁵⁷ Voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 236.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER NORMATIVO

Neste capítulo, propõe-se, de início, analisar a atividade interpretativa dos magistrados a partir da descrição de como é de praxe os juízes decidirem, com apoio em Hans Kelsen, Alf Ross e Eros Grau. Também investigaremos as lições de Friedrich Karl Von Savigny, Chaïm Perelman e Inocêncio Mártires Coelho sobre os critérios de controlabilidade das tomadas de decisão no processo hermenêutico. Em seguida, nos deteremos à atual conformação do princípio da Separação de Poderes na Constituição de 1988 e à repercussão do modelo de hermenêutica jurídica na teoria da tripartição de poderes. A reflexão sobre a omissão inconstitucional completa a ideia sobre qual é o espaço de que dispõe o Supremo Tribunal Federal para deliberar normativamente (“interpretar”) nos casos de mora legislativa.

2.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA E APLICAÇÃO JUDICIAL

2.1.1 Como os magistrados decidem: Hans Kelsen, Alf Ross e Eros Grau

2.1.1.1 Hans Kelsen

Para Hans Kelsen interpretar é determinar qual sentido se vai aplicar às normas jurídicas. “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”⁴⁵⁸. E o que deveria ser interpretado? - ele pergunta e responde: “todas as normas jurídicas, na medida em que tenham de ser aplicadas”⁴⁵⁹.

O autor ensina que há duas espécies de interpretação, uma pelo órgão que aplica o Direito (“interpretação autêntica”) e outra pelo particular ou pela ciência jurídica (“interpretação não-autêntica”): aquela por meio da qual se cria Direito, mesmo que “Direito novo”; esta, que não vincularia o órgão que aplica a norma jurídica e sempre correria o risco de ser julgada errônea por este

⁴⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

⁴⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387.

órgão⁴⁶⁰.

Até antes de Kelsen, ainda era muito forte a Escola Histórica do Direito, que ele denominava de “jurisprudência tradicional”, cujo principal expoente era Savigny e segundo a qual interpretar seria desvelar o único significado (“espírito”) correto da lei⁴⁶¹. Com a metodologia elaborada por Kelsen, a interpretação jurídica passa a ser assumida como um ato também de vontade, e não um mero ato intelectual.

O autor, que não nega o forte verniz ideológico do processo de interpretação do Direito, parte da compreensão de que o sistema de normas jurídicas é do tipo dinâmico, o que quer dizer que “uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segunda uma regra definida, e apenas em virtude disso”⁴⁶² – não por força de seu conteúdo em si –, de maneira que uma norma jurídica cria outra norma jurídica, num sistema escalonado, em cujo ápice está a norma fundamental⁴⁶³.

Por consequência, a produção normativa é decorrência do fato de as normas de hierarquia superior concederem às normas de hierarquia inferior – dentre as quais está a decisão judicial, enquanto norma jurídica de natureza individual⁴⁶⁴ – competência normativa para inovar a ordem jurídica⁴⁶⁵:

⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388, 395.

⁴⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 448-449.

⁴⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 116-117.

⁴⁶³ “A unidade dessas normas [jurídicas] é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 129).

⁴⁶⁴ “Não há dúvida que o direito não consiste apenas em normas gerais. O direito inclui normas individuais, i. e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irrepetível e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem se aplicadas apenas uma vez. Tais normas são ‘direito’ porque são partes de uma ordem jurídica como um todo, exatamente no mesmo sentido das normas gerais com base nas quais elas foram criadas” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42).

⁴⁶⁵ A relação entre as normas superiores (de “escalão superior”) e as inferiores (de “escalão inferior”) é de determinação ou vinculação, mas incompleta, o que quer dizer que há margem para detalhamentos pelo seu intérprete-aplicador. Essa relativa indeterminação pode ser

Essa rede de produção normativa, realizada mediante atos de vontade, implica opções hermenêuticas diversas, não redutíveis a uma única solução possível. Segundo Kelsen, não há instrumento lógico dedutivo que possa revelar qual o conteúdo correto que uma norma tem de possuir. A questão não é de caráter *técnico-jurídico*, mas *político-jurídico*.⁴⁶⁶ (Grifos no original)

É que, se por 'interpretação' se entendia a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, para Hans Kelsen – que ensina ser a aplicação do direito simultaneamente a sua produção⁴⁶⁷ –, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma “moldura” que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem⁴⁶⁸.

Por isso, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução (a ciência jurídica tradicional dizia isso). E, logo, a interpretação adotada não é a norma individual, mas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da “moldura” da norma geral⁴⁶⁹.

Assim, quanto aos métodos de interpretação, nenhum deles pode levar a que apenas uma significação verbal seja a correta. “Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado

intencional ou não-intencional. Indeterminação intencional porque “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”⁴⁶⁵. Indeterminação não-intencional, dada a pluralidade de sentido das palavras por causa da discrepância total ou parcial entre a vontade do legislador / intenção das partes e as expressões usadas na norma ou no negócio jurídico ou porque duas normas que pretendam valer simultaneamente se contradigam total ou parcialmente (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 388-389).

⁴⁶⁶ NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

⁴⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 260.

⁴⁶⁸ Não pode a norma de “escalão superior” determinar inflexivelmente o teor da norma de “escalão inferior”: “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher este ato. Mesma uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 263).

⁴⁶⁹ Há um silogismo aberto, quer dizer, por meio da interpretação da norma (pois a norma é esquema de interpretação, que é interpretada e interpreta), vislumbram-se várias opções de normas individuais, mas a decisão tomada pelo intérprete é a correta, legitimada pela formalidade.

apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”⁴⁷⁰.

Introduz-se, dessa maneira, o entendimento de que não é qualquer conhecimento do Direito que levará à determinação do ato jurídico a pôr. Isso porque interpretar, ao ver de Kelsen, é ato duplo, em que se têm várias possíveis soluções, dentre as quais se escolhe uma⁴⁷¹.

A “interpretação autêntica”, aquela realizada pelo órgão aplicador do direito⁴⁷², seria, para o autor, não só um ato cognoscitivo, mas também um ato de vontade (à medida que se preenche a moldura da norma geral), que leva em conta normas de Moral, normas de Justiça e outras⁴⁷³. E, conquanto o legislador seja mais livre que o juiz na criação do Direito, Kelsen já reconhecia que este (o juiz) era também é criador do Direito e relativamente livre⁴⁷⁴.

Daí que “A obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”⁴⁷⁵, tudo segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 392. Isso quer dizer que os seguintes métodos não resolvem a interpretação: conflito vontade e expressão de vontade; *argumentum a contrario*; analogia; princípio da apreciação / ponderação dos interesses.

⁴⁷¹ Por via de consequência, antes de interpretar, é preciso escolher qual conhecimento do Direito é o caso de aplicar e isso é questão de política do Direito.

⁴⁷² Diferente da “interpretação científica”, de pura determinação cognoscitiva.

⁴⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 394. Ressalte-se, para não gerar dúvida, que a ideia de que é possível, através de uma interpretação só cognoscitiva, obter-se Direito Novo é repudiada pela Teoria Pura do Direito – é a chamada “Jurisprudência dos Conceitos”. Para Kelsen, se a Jurisprudência dos conceitos não cria Direito novo, logo não resolve as lacunas do Direito (completar lacuna é função criadora do Direito), pois “a interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 395). E arremata: “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 395).

⁴⁷⁴ “A decisão judicial, portanto, é pura criação de direito, já que (...) Kelsen entendia que criação do direito é, ao mesmo tempo, aplicação do direito, consequência imediata do fato de que todo ato criador do direito é determinado pela própria ordem jurídica” (NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76).

⁴⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393.

⁴⁷⁶ “(...) a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (KELSEN, Hans.

Do ato de interpretação, segundo Hans Kelsen, seria produzida uma norma de escalão inferior ou um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda⁴⁷⁷. Seria, portanto, o ato de vontade que distinguiria a interpretação do aplicador do Direito daquela levada a cabo pelo particular ou pela ciência jurídica.

Dessa feita, para Hans Kelsen, quem quer que só vislumbre uma única decisão acertada, uma só interpretação correta, agiria em função jurídico-política e, não, em função jurídico-científica.

2.1.1.2 Alf Ross

Consoante Alf Ross, interpretação é a “atividade integral do juiz que o conduz à decisão, inclusive sua atividade crítica, inspirada por sua concepção dos valores, que emerge a partir de atitudes que transcendem o mero respeito pelo texto da lei”⁴⁷⁸.

O autor apresenta uma doutrina descritiva⁴⁷⁹ do “método jurídico”⁴⁸⁰, cujo estudo, ele o subdivide em “parte doutrinária” e “teoria geral”. A primeira consistiria no método seguido pelos tribunais num ordenamento jurídico específico. A segunda, por outro lado, consistiria na explicação de certas

Teoria Pura do Direito. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393). Só não seria assim se o próprio Direito delegasse esse papel a certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça e outras, mas, nesse caso, elas se transformariam em jurídicas, como pelo que se convencionou chamar de “Toque de Midas”.

⁴⁷⁷ Uma norma de abstração menor.

⁴⁷⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 169.

⁴⁷⁹ “(...) uma doutrina do método [jurídico] que se proponha a servir como norteamento da interpretação (...) deve ser descritiva, não normativa (descritiva de normas, não expressiva de normas)” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 137). “Nosso problema é de natureza analítico-descritiva, isto é, procuramos descrever como ocorre na prática a interpretação” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 166). Ao ver do autor, as teorias normativas, para delimitarem a atuação dos juizes, partem de pré-concepções quanto à natureza e conceito de Direito, como também quanto ao propósito da administração do direito, equivalendo a “sugestões de política jurídica dirigidas ao juiz” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 165) e “carecem de valor para compreender o direito positivo e para prever decisões jurídicas futuras” (p. 166). Tudo o que é possível fazer é “mostrar os fatores gerais que operam em toda administração da justiça e esboçar uma tipologia geral a fim de caracterizar as variedades de estilo de método e interpretação existentes” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 166).

⁴⁸⁰ Que, para ele, denomina a atividade de saber qual norma aplicar dentre as várias existentes ou, no caso do direito formulado ou direito legislado em sentido amplo (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 137).

pressuposições fatuais dos problemas dos métodos e subsunção e caracterização dentro de uma tipologia geral de vários estilos⁴⁸¹ de método e interpretação que realmente ocorrem⁴⁸².

Segundo Alf Ross, a tarefa do juiz se fundaria em processos cognitivos, o que não quer dizer que não é também um ato de vontade⁴⁸³. Sua interpretação principiaria de um texto, ou seja, de uma “fórmula linguística escrita”⁴⁸⁴, cujas “palavras individuais carecem de significado independente, possuindo apenas um significado abstraído das expressões nas quais aparecem”⁴⁸⁵. Como resultado da investigação quanto ao significado de uma expressão, ter-se-ia a “interpretação” em si⁴⁸⁶.

Essa interpretação assumiria duas formas, a saber: a de “interpretação por significado”, “por meio de uma descrição formulada em

⁴⁸¹ Alf Ross não considera que se possa falar em uma ideologia do método (como fala de ideologia de fontes do Direito), mas tão-só em “estilo de método” ou “estilo de interpretação”, o que quer dizer que “o grau de certeza das asserções concernentes à interpretação vigente é muito baixo”, funcionam como meros conselhos e instruções ao juiz (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 136-137). Não haveria um método universal de interpretação judicial e as diferenças nos estilos de interpretação se fundariam no grau de liberdade que o juiz se atribui no exercício da interpretação e na amplitude em que se tomam em consideração elementos de juízo alheios às palavras da lei (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 172).

⁴⁸² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 137.

⁴⁸³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 166. “Na interpretação do direito vigente demonstra-se com máxima clareza que a ciência do direito e a política jurídica não podem, em última análise, ser separadas” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 137). “Visto que o direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que colima a manutenção da paz. Em certo sentido, pode-se afirmar que o propósito do direito é a paz, na medida em que todo o ordenamento jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, é produtor de paz – embora não passe de paz da prisão. A moral, por outro lado, é um fenômeno individual, podendo com a mesma facilidade arrastar os seres humanos ao conflito ou uni-los. Ideias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos controlável” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 82).

⁴⁸⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 139. Ross, em sua análise, utilizou-se de conceitos da filosofia da linguagem que recém haviam sido criados.

⁴⁸⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 141. Para Alf Ross, “A referência semântica da palavra tem, por assim dizer, uma zona central sólida em que sua aplicação é predominante e certa, e um nebuloso círculo exterior de incerteza (espaço em que a palavra é usada sob condições especiais não típicas), no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 142).

⁴⁸⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 145.

palavras ou expressões diferentes, cujo significado seja menos vago”⁴⁸⁷; e a de “interpretação por referência”, em que, “ante um conjunto de fatos concretos experimentados sob forma definida, seja [fosse] possível decidir com um *sim*, ou *não* ou um *talvez* se o conjunto de fatos constitui ou não uma referência que corresponde à expressão”⁴⁸⁸.

Isso porque o autor considerava que as normas jurídicas possuem função simbólica, que são uma manifestação da linguagem inserta em um sistema próprio de símbolos, estes convencionados previamente. Aliás, ao seu ver, “todos os símbolos são convencionais, isto é, a conexão entre o símbolo e o que ele simboliza é produzida por seres humanos através de acordo ou uso (costume)”⁴⁸⁹.

Alf Ross assevera que “O significado das palavras⁴⁹⁰ é relativo ou dependente num plano totalmente distinto, que poderíamos chamar de sinónimo⁴⁹¹ ou sistemático⁴⁹²” e que, na linguagem cotidiana, os dois métodos precisariam ser combinados⁴⁹³. Assim, “Visto que as diretivas jurídicas estão predominantemente cunhadas na terminologia da linguagem cotidiana, o contexto e a situação são os auxiliares fundamentais para a interpretação judicial”⁴⁹⁴.

⁴⁸⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 145.

⁴⁸⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 145. “O contexto não é apreendido simultânea, mas sucessivamente” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 146). Por conta do que o autor denomina “vibração interpretativa”, só seria possível depreender o significado dos termos após a leitura completa de todo o texto. Então pode ser que, como resultado, surgisse um “efeito retroativo modificador” que influenciasse a interpretação de frases individuais da obra como um todo.

⁴⁸⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 140.

⁴⁹⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 146-147.

⁴⁹¹ No caso em que se oferecem ao leitor sinônimos, para situá-lo no campo de significados próximos ao que queremos imprimir ao termo.

⁴⁹² Análise inclusive do contexto e situação da expressão para definir o significado de seus termos.

⁴⁹³ Vê-se a preocupação de Ross em dar um enfoque linguístico à problemática da interpretação, em seus âmbitos sintático, semântico e pragmático: “Toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma forma linguística escrita. Se as linhas e pontos pretos que constituem o aspecto físico do texto da lei são capazes de influenciar o juiz, assim é porque possuem um significado que nada tem a ver com a substância física real. Esse significado é conferido ao impresso pela pessoa que por meio da faculdade da visão experimenta esses caracteres. A função destes é a de certos símbolos, ou seja, eles designam (querem dizer) ou apontam para algo que é distinto deles mesmos.” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 139, nota de rodapé n. 2)

⁴⁹⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 147.

Alf Ross alerta, ainda, para que a distinção entre interpretação subjetiva e interpretação objetiva não reside na busca ou desprezo da intenção do autor original do texto, mas nos dados levados em conta na interpretação: na subjetiva, considerando-se “todas as circunstâncias que podem lançar luz sobre o significado, particularmente, todas as circunstâncias pessoais e de fato ligadas à composição da expressão e a sua declaração”; e, na objetiva, restringindo “os dados aos discerníveis pelo destinatário da situação em que ele se acha ao apreender a expressão”⁴⁹⁵.

E, após elencar os vários problemas de ordem sintática, lógica e semântica que podem afetar o exercício de interpretação⁴⁹⁶, dada a “inevitável imprecisão das palavras e a inevitável limitação da [sua] profundidade intencional”, afirma ser “impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei”⁴⁹⁷.

Nessa esteira, elucida quanto a que a atividade de “administração da justiça”⁴⁹⁸ pelo juiz não se reduz a mero ato cognoscitivo do caso:

A interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, **o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento. Seus motivos não se reduzem ao desejo de acatar uma determinada diretiva.**⁴⁹⁹ (Grifos nossos)

Com base em Ross, a tarefa do juiz é um problema prático, que envolve o conhecimento dos fatos e o conteúdo dos textos normativos, mas também excede a uma atividade meramente cognoscitiva: “na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica

⁴⁹⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 149-150. Nessa linha, o autor reputa que a interpretação objetiva, das duas, é a mais arbitrária.

⁴⁹⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 151-164.

⁴⁹⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 167.

⁴⁹⁸ Por “administração da justiça” se referia à própria atividade do juiz.

⁴⁹⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 167. “O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 168). “O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 168).

material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como *correta*, mas também como *justa* ou *socialmente desejável*⁵⁰⁰. Enfim, “a decisão obtida é determinada pelo efeito combinado da interpretação cognoscitiva da lei e da atitude valorativa da consciência jurídica”⁵⁰¹.

Ocorre que, por não se admitir que a interpretação do juiz seja do tipo construtiva, comumente o magistrado lança mão de “máximas de interpretação”⁵⁰², técnica de argumentação para fazer crer que alcançou a decisão por meio objetivo e que ela está abarcada pelo “significado da lei” ou pela “intenção do legislador”⁵⁰³.

⁵⁰⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 168. “A consciência jurídica material está presente em todas as decisões. Se na maioria dos casos o juiz decide dentro do campo da interpretação cognoscitiva, é indício de que sua consciência jurídica julgou possível aprovar a decisão, ou, em todo o caso, não a considerou incompatível com o Justo ou o socialmente desejável, num tal grau que tornasse necessário recorrer a algum expediente para livrar-se das amarras da lei” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 169).

⁵⁰¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 168. “(...) a administração do direito não se reduz a uma mera atividade intelectual. Está enraizada na personalidade total do juiz tanto em sua consciência jurídica formal e material quanto em suas opiniões e pontos de vista racionais. Trata-se de mera interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 169).

⁵⁰² Embora variáveis de país para país, “são conjuntos não sistemáticos de frases atraentes e de significado impreciso, passíveis de ser manejadas de tal maneira que conduzam a resultados contraditórios”, “não são regras efetivas, mas implementos de uma técnica que – dentro de certos limites – habilita o juiz a atingir a conclusão que julga desejável nas circunstâncias e, ao mesmo tempo, preserva a ficção de que só está obedecendo a lei e os princípios objetivos da interpretação” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 184).

⁵⁰³ “(...) o juiz aparenta que por meio de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 169). Segundo Jeremy Waldron, ele, o juiz, “(...) não se apresenta explicitamente como um legislador. Na verdade (...) a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se a realidade for revisionista” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13-14). E Mauro Cappelletti acentua que “(...) os juízes profissionais tendem a ser *naturaliter* conservadores, quietos e respeitosos da lei, são também *naturaliter* contrários a evoluções que tenda a pôr em evidência e exaltar o elemento voluntarístico das suas decisões, colocando em perigo a mística da sua objetividade e neutralidade” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 35).

2.1.1.3 Eros Grau

Na visão de Eros Grau, “o direito é um dinamismo”⁵⁰⁴, do que decorreria ser a interpretação dinâmica e o direito um meio de mudança social. Para ele, a interpretação é a “produção prática do direito”⁵⁰⁵, ao passo que ela (a interpretação) “opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular”⁵⁰⁶.

Consoante Eros Grau, o processo de interpretação não se restringe aos casos em que os termos da lei sejam ambíguos ou imprecisos, mas porque a interpretação e a aplicação do direito seriam “uma só operação”, urgiria interpretar (compreender) os fatos normativos, como também compreender (interpretar) os fatos que são levados à julgamento⁵⁰⁷: “Questão de fato e questão de direito se interpenetram”⁵⁰⁸.

Dessa forma, o autor pontua referir-se à “produção” do direito pelos juízes⁵⁰⁹ e não à “criação”, que, ao seu ver, é tema ambíguo e tormentoso⁵¹⁰. Esta

⁵⁰⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55 e 126.

⁵⁰⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

⁵⁰⁶ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

⁵⁰⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22. Com isso, não quer dizer o autor que seja adepto da concepção tradicional de Savigny, para quem, nos seus termos, “a interpretação não é mais do que a reconstrução do pensamento do legislador” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61). Antes, parece filiar-se a Friedrich Müller, que advoga que “(...) é preciso analisar os detalhes do fato para saber se – no sentido da ‘subsunção’ – correspondem às características típicas do preceito”. E continua dizendo que esses “fatores da realidade normatizada (...) são distintos, aliás, em função de sua origem, de sua determinação material e do grau de sua densidade dentro dos diferentes campos jurídicos, e marcam com maior ou menor intensidade o conteúdo material das normas legais” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17-18). Aliás, a dogmática jurídica, para Friedrich Müller é uma “‘ciência humana’ normativa, referida à realidade” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 176). Nem isso quer dizer que Eros Grau seja, ele mesmo, adepto da teoria jurídica estruturante de Müller (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65).

⁵⁰⁸ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

⁵⁰⁹ “Intérpretes autênticos”, segundo a terminologia de Kelsen.

⁵¹⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.

a premissa com a qual trabalha o autor: o texto normativo é alográfico, quer dizer, só se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete⁵¹¹.

Em compreendendo a “produção” do direito como uma tarefa necessária a ser desenvolvida pelo juiz, no sentido de completar o trabalho do legislador, “em razão do próprio caráter da interpretação”⁵¹², assevera que

A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos)*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*); neste sentido, o intérprete *produz a norma*.⁵¹³

E essa interpretação é sempre constitutiva e não apenas declaratória⁵¹⁴, “portanto decisional, embora não discricionária”⁵¹⁵. O intérprete

(...) não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la. (...) O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação.⁵¹⁶

⁵¹¹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26 e 65. “A ‘completude’ do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete. (...) Isso significa que o texto normativo (...) reclama um intérprete (*primeiro intérprete*) que *compreenda e reproduza*, não para que um *segundo intérprete* possa *compreender*, mas a fim de que um determinado conflito seja decidido” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78-79. Grifos no original).

⁵¹² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60. Pois “a interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma)” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61).

⁵¹³ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79.

⁵¹⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22. Na linha do que também Kelsen sustentou (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139).

⁵¹⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62.

⁵¹⁶ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28. Com base nisso, utiliza-se o autor da metáfora da Vênus de Milo para afirmar que, ainda que a três escultores diferentes seja encomendada a reprodução de uma mesma obra, p. ex. a Vênus de Milo, o resultado delas guardará várias semelhanças entre si, mas as peças produzidas não serão idênticas entre elas (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29 e 83-84). Essa explicação assemelha-se àquela de Mauro Cappelletti, de que vários bons musicistas interpretando a mesma música não se confundem. “Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre*”

Eros Grau distingue entre o “texto normativo” e a “norma” – aquele como “ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação”, o “sinal linguístico”, e esta como construção, pelo intérprete, “no decorrer do processo de concretização do direito”, o resultado que se revela e designa⁵¹⁷ – e também diferencia as normas produzidas pelo intérprete de maneira geral⁵¹⁸ daquelas normas que ele denomina “normas de decisão”⁵¹⁹, que “conferem solução ao caso”⁵²⁰, próprias de juízes⁵²¹.

Para o autor, que afirma que “interpretação e concretização se superpõem”⁵²², a concretização só se perfaz quando é definida a norma de

(CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 22. Grifos no original).

⁵¹⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23 e 80. Em termos assemelhados, Friedrich Müller apregoa a distinção entre “norma” e “texto de norma”, subdividindo a norma em “programa da norma” e “âmbito da norma”, entendendo o “texto da norma” como “formulários de texto”, com significância, mas sem significado, uma mera “pré-forma legislativa” (MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 10-11).

⁵¹⁸ Pois, como o diz Peter Häberle, a interpretação não está restrita a uma “sociedade fechada”, antes “existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista” composto por “agentes conformadores da ‘realidade constitucional’”. E, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 11-13).

⁵¹⁹ Produzidas de forma artesanal (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32).

⁵²⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24-25.

⁵²¹ “O único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir, em cada caso, a norma de decisão é o juiz. Logo, poderemos, para apartá-las, afirmar que a atividade (= conjunto de atos) de interpretação empreendida pelos demais operadores do direito e pelos juristas cessa no momento anterior ao da definição da norma de decisão, ato privativo do intérprete autêntico”. Nisso reside a diferença entre discurso jurídico e discurso do direito e, por consequência, entre ideologia do direito e ideologia jurídica (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62-63, 87 e 96-97).

⁵²² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25. Luís Carlos Martins Alves Jr. assevera que “(...) a interpretação concretizadora do texto constitucional radica no postulado de que a norma constitucional é construída pelo intérprete, mediante o processo de preenchimento dos espaços existentes nos enunciados (dispositivos) constitucionais, consideradas as circunstâncias do problema e os pré-conceitos do próprio intérprete e sua relação com o problema em si e com o mundo em redor” (ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 104-105).

decisão⁵²³. Esse seria o momento em que a interpretação “opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular”⁵²⁴, transforma as disposições (textos e enunciados) em normas para o caso concreto⁵²⁵.

Uma vez que a interpretação leva em conta tanto os elementos do texto normativo (mundo do dever-ser) quanto os elementos do caso ao qual será aplicada (mundo do ser), Eros Grau aduz que a “moldura interpretativa” de Kelsen deve ser⁵²⁶, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso⁵²⁷.

Não despreza o autor que os fatos também são reconfirmados pelo intérprete⁵²⁸ e que apenas aqueles que tenham sido depreendidos pelo intérprete é que serão levados em conta no momento da criação da norma individual. Isso se daria em razão de o compromisso do relato e o relatado ser frágil, dependente do modo como se vê e como se descreve a realidade. No que tange aos fatos, “não existe, no direito, o verdadeiro”⁵²⁹.

Assim, a interpretação do direito “encaminha a atualização do direito”⁵³⁰, haja vista que ela (a interpretação) não seria “mera dedução dele [do direito], mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à

⁵²³ Concretizar o direito, para Eros Grau, é “produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25).

⁵²⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

⁵²⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

⁵²⁶ Conquanto o autor declare que o seu trabalho é apenas descritivo de como se processa a interpretação do direito, fórmulas como “a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete (...)” são recorrentes e aproximam a obra daquelas de Inocêncio Mártires Coelho e Chaím Perelman no que toca a impor condições de delimitação à atividade interpretativa do juiz (Cf. GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22, 32, 128, entre outros).

⁵²⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

⁵²⁸ “(...) como a interpretação abrange também os fatos, o intérprete os reconfirma, de modo que podemos dizer que o direito institui a sua própria realidade” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33).

⁵²⁹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

⁵³⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115.

realidade e seus conflitos”⁵³¹, seria, isso sim, inserir o direito na realidade⁵³², “escolher uma entre várias interpretações possíveis de modo que a escolha seja apresentada como adequada”⁵³³, inclusive no seu contexto histórico, geográfico ou cultural⁵³⁴. Em suma: “(...) ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo [o direito]”⁵³⁵.

No mais, Eros Grau define a interpretação do direito como uma prudência⁵³⁶, não como uma ciência. Em outros termos, uma disciplina cujo principal desafio não está em encontrar respostas, mas em lidar com múltiplas soluções corretas para uma mesma questão⁵³⁷. Ela, a interpretação, iniciar-se-ia com a pré-compreensão⁵³⁸, enquanto pressuposição ou compreensão prévia do tema, a partir da qual ganha dinamismo em movimento circular⁵³⁹.

E o autor apresenta como a “prudência recomenda” que se dê a interpretação, “adequada a algumas pautas (...), (i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a

⁵³¹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55.

⁵³² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

⁵³³ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

⁵³⁴ “(...) o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126).

⁵³⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

⁵³⁶ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

⁵³⁷ “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico”. E, mais adiante, “O intérprete, então, atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36 e 101).

⁵³⁸ “(...) o compreender é algo existencial (...). A compreensão é, então, experiência. Por isso mesmo resultará sempre inútil, em qualquer ciência compreensiva, qualquer tentativa de separação entre racionalidade e personalidade da compreensão” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 106).

⁵³⁹ Chamado “círculo hermenêutico” ou, em um segundo momento, “espiral hermenêutica” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108-11).

terceira, aos princípios”⁵⁴⁰. A interpretação, por conseguinte, não se vincularia à “vontade do legislador” ou ao “espírito da lei”⁵⁴¹.

“Interpretar o direito no seu todo” quer dizer não se lho interpreta “em tiras, aos pedaços”, antes deve-se considerar suas premissas implícitas⁵⁴². Quanto à finalidade do direito, Eros Grau anota que há “normas-objetivo”, por exemplo, que restringem o leque de possibilidade interpretativas do texto legal⁵⁴³. No tocante aos princípios, tanto os implícitos quanto os explícitos constituem norma jurídica⁵⁴⁴, sendo que os implícitos só “não são ‘positivados’, visto já serem positivos”⁵⁴⁵.

Ainda quanto aos princípios, o autor dá especial relevo a eles⁵⁴⁶, arguindo que as regras “são concreções, são aplicações dos princípios”⁵⁴⁷. E mais: que “a interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios”, pois “são eles que conferem coerência ao sistema”⁵⁴⁸. É que, “(...) além de serem

⁵⁴⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

⁵⁴¹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

⁵⁴² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127. Na linha de Alf Ross (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 141), Eros Grau consigna que “Um texto isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40).

⁵⁴³ Desde quando o direito passou a ser dinamizado como instrumento de governo, suas “normas-objetivo” “passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41).

⁵⁴⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 155-157, 163.

⁵⁴⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44-45.

⁵⁴⁶ “A importância dos princípios é enorme. Tamanha, que da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153).

⁵⁴⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

⁵⁴⁸ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51 e 200.

tomados como critério dominante para ela – a interpretação –, os princípios se compõem também como objeto da interpretação”⁵⁴⁹.

Considerando ser a tensão entre princípios “própria do sistema jurídico”⁵⁵⁰, Eros Grau apoia-se em lição de Poulantzas, datada de 1965, para afirmar que o juiz:

(...) deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos, em relação a um caso concreto, referindo-se à infra-estrutura (isto é, à realidade); o que o juiz deve apurar é qual dos princípios assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da realidade.⁵⁵¹

Como resultado do conflito entre princípios do qual um prevaleça sobre o outro, “as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas”⁵⁵² e, muito embora continuem válidas, “perdem a eficácia – isto é, efetividade – em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se”⁵⁵³.

Ocorre que, para Eros Grau, não há no sistema qualquer regra ou princípio que firme qual dos princípios em conflito deve ser privilegiado⁵⁵⁴. “Isso somente se pode saber no contexto do caso, de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito”⁵⁵⁵. Ou seja, é no momento da escolha entre um ou outro princípio que se deve ponderar o direito como um todo⁵⁵⁶.

⁵⁴⁹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 202.

⁵⁵⁰ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

⁵⁵¹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48. Essa apuração se dá no campo dos “jogos de princípios” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 194-196).

⁵⁵² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49 e 193.

⁵⁵³ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

⁵⁵⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-194.

⁵⁵⁵ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

⁵⁵⁶ “E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica” (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50).

Eros Grau defende que os princípios atuam “como mecanismo de controle da produção de normas pelo intérprete, ainda que o próprio intérprete produza as normas-princípio”⁵⁵⁷. Além disso:

(...) a escolha do princípio há de ser feita, pelo intérprete, sempre diante de um caso concreto, a partir da ponderação do conteúdo do próprio princípio; ao passo que a declaração da validade de cada regra, diante de cada caso, depende da consideração de critérios formais, exteriores a elas.⁵⁵⁸

2.1.2 Como os magistrados deveriam decidir: Friedrich Karl Von Savigny, Chaïm Perelman e Inocêncio Mártires Coelho

2.1.2.1 *Friedrich Karl Von Savigny*

Buscando uma metodologia completa e absoluta, Savigny procura sistematizar como é possível uma interpretação (parte filológica), uma elaboração histórica (parte histórica) e uma elaboração sistemática da jurisprudência (parte sistemático-filosófica)⁵⁵⁹.

De acordo com Savigny, uma interpretação deveria ser elaborada histórica e sistematicamente⁵⁶⁰. Seu método hermenêutico de caráter histórico teria como primeira etapa da interpretação a reconstrução do conteúdo da lei, a partir do ponto de vista do legislador para, assim, “produzir artificialmente seu pensamento”⁵⁶¹, com vistas a ter uma constituição tríplice do texto: lógica⁵⁶², gramática⁵⁶³ e histórica⁵⁶⁴.

⁵⁵⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

⁵⁵⁸ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

⁵⁵⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 7-8.

⁵⁶⁰ O autor foi um dos principais expoentes da Escola Histórica do Direito, surgida no século XIX, na Alemanha, que se opunha às doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. “Verifica-se aí uma mudança significativa no pensamento jurídico-filosófico que abandona, por exemplo, os conceitos de estado de natureza e de contrato social, em favor de organizações políticas baseadas em instituições históricas formadas pelo costume” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 71).

⁵⁶¹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 9.

Asseverava o representante da Escola Histórica do Direito que os preceitos contidos na lei só poderiam ser assimilados por meio da intuição do instituto jurídico, percorrendo o caminho contrário àquele trilhado pelo legislador⁵⁶⁵, ao que foi criticado por Karl Larenz⁵⁶⁶.

Diferentemente da Escola da Exegese, a qual enxergava na lei escrita plenitude e perfeição, Savigny entendia que essa plenitude da lei só era encontrada quando inserida no sistema do Direito Positivo⁵⁶⁷. Dessa feita, não seria a arbitrariedade do juiz a tomar a decisão, mas a própria lei que fosse reconhecida aplicável ao caso depois de um exercício de subsunção lógica (fato-norma)⁵⁶⁸.

Para o autor, a interpretação depende da intenção do legislador “desde que apareça na lei”, pois “todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais”⁵⁶⁹. Por isso, Savigny formula seu conceito de interpretação como sendo “a reconstrução do pensamento (claro

⁵⁶² Apresentação do conteúdo da lei na sua origem; também é a “apresentação genética do pensamento da lei”, mas esse pensamento deve ser expresso (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 9).

⁵⁶³ Condição necessária da lógica (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 9).

⁵⁶⁴ Conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei. “Só é possível a apresentação da lei através da apresentação do momento em que existe a lei” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 10).

⁵⁶⁵ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 51.

⁵⁶⁶ Para Larenz, Savigny não logrou êxito em descrever como se daria a referida “intuição do instituto jurídico” para a forma abstrata da regra jurídica e, tampouco, desta para a intuição originária (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Lacouste Gulbenkian, 1997, p. 14).

⁵⁶⁷ Esse “algo totalmente objetivo, algo totalmente independente e afastado de toda convicção individual: a lei (...) tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio (...) O juiz apenas reconhece as normas e as aplica no caso particular” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 3).

⁵⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 4.

⁵⁶⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 10.

ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”⁵⁷⁰.

“A tarefa suprema da interpretação é a crítica superior, isto é, a restituição de sentido a um texto corrompido”⁵⁷¹, uma “crítica de conjectura” que persiga a certeza quanto ao sentido do dado texto⁵⁷².

Em busca de alcançar seu intento, o juiz deveria se apoiar em dois princípios fundamentais para qualquer tipo de interpretação: o da individualidade e o da universalidade. Aquele, deveria impulsionar o intérprete a “descobrir o particular de cada texto, que só pode ser extraído do mesmo”⁵⁷³; este, o levaria a relacionar o texto objeto da interpretação com o sistema como um todo⁵⁷⁴.

E, como “toda legislação é, mais ou menos, o resultado da sua história anterior”⁵⁷⁵, para que se realize uma elaboração histórica, Savigny considera importante que o intérprete pesquise como uma questão especial foi

⁵⁷⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 10. Do referido conceito, extrai-se que o autor não falava em interpretação apenas dos textos legais que fossem obscuros, aliás, considerava esse conceito de interpretação completamente inútil e o de “lei obscura” vacilante (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 10-11).

⁵⁷¹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 11.

⁵⁷² SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 12.

⁵⁷³ Isso se dá com a prática e o desejo de descobrir a singularidade de expressões técnicas (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 15-16).

⁵⁷⁴ “Toda interpretação tentará oferecer um resultado para o sistema. (...) deve estar direcionada a aclarar um princípio dentro do sistema” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 21).

⁵⁷⁵ Nessa esteira, seria necessário conceber a legislação em um determinado período histórico e o sistema em constante progresso (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 6-7).

respondida de distintos modos em diversas épocas da legislação⁵⁷⁶ e a jurisprudência seja tratada com uma separação completa de suas fontes⁵⁷⁷.

Propugnava Savigny serem quatro os elementos da interpretação, quais sejam, o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Eles todos deveriam ser observados conjuntamente para fins de alcançar o “espírito do povo” (“*wolksgeist*”), que “habita a consciência do povo, só perceptível através da intuição do jurídico, oriundo de práticas culturais”⁵⁷⁸.

O direito passa a ser admitido não mais como produto exclusivo da razão ou da vontade – pura obra intelectual ou fruto do arbítrio – uma vez que sua fonte estaria na convicção jurídica do povo, afluída por meio de um mecanismo intuitivo voltado para o que é pensado como ideal de regulação da convivência humana.⁵⁷⁹

E, como remédio para sanar a indeterminação semântica dos termos no texto legal, o autor reconhecia a importância da *ratio iuris* (razão de ser) da lei no processo interpretativo. Assim, em caso de indeterminação nas expressões do texto normativo, o intérprete “deveria voltar-se não só para o seu nexos interno, mas também para o seu fim especial, na medida em que pudesse ser comprovado e, caso não fosse, deveria recorrer à razão geral, ou seja, ao pensamento jurídico geral”⁵⁸⁰.

Tendo isso em vista, Savigny admitiu que a interpretação jurídica pode ser do tipo extensiva ou restritiva, para corrigir expressão defeituosa constante na lei. Daí, seria mister “conhecer os pensamentos que o legislador vinculou à expressão imperfeita, sem, contudo, descurar do exame do nexos

⁵⁷⁶ “O sistema deve ser tomado na sua totalidade e ser considerado progressivo, isto é, como história do sistema da jurisprudência na sua totalidade” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 29).

⁵⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 31.

⁵⁷⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 74.

⁵⁷⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 74.

⁵⁸⁰ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 52.

interno e da especial razão de ser da lei em apreciação⁵⁸¹. Em casos tais como o referido, no entender de Savigny, o intérprete não lançaria mão de recurso de natureza interpretativa, mas, tão-só, aperfeiçoaria o direito⁵⁸².

Não obstante só ser “possível um aperfeiçoamento da lei através do legislador, mas nunca através do juiz”⁵⁸³, o autor vislumbrava a analogia como forma de integração das lacunas da lei, cujo sentido consistia “em um processo de descoberta do significado jurídico por meio da intuição total do instituto jurídico correspectivo”⁵⁸⁴. E frisava: “aquilo que for exceção a uma regra legal, aquilo que for particular, não se pode estender, por analogia, para outros casos semelhantes”⁵⁸⁵.

2.1.2.2 Chaïm Perelman

Não tendo encontrado no método positivista – que menosprezava o uso prático da razão⁵⁸⁶ – um fundamento viável à “lógica dos juízos de valor”⁵⁸⁷, Chaïm Perelman revisitou a retórica⁵⁸⁸ para compreender como são resolvidas as

⁵⁸¹ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 52.

⁵⁸² No ver de Savigny, “esta operação não é verdadeira interpretação”. Ele dizia que não se tratava de “interpretação verdadeira”, mas de “interpretação material”, ou seja, “aclarção meramente formal”. “Há de se notar que esta operação é tão arbitrária que não é possível falar em uma verdadeira interpretação, porque o juiz deve adicionar à lei, por este único fato, não pode ser objetivo” (SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 41-43).

⁵⁸³ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 46.

⁵⁸⁴ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 52-53.

⁵⁸⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP: Edicamp, 2001, p. 47.

⁵⁸⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 136-137.

⁵⁸⁷ Não compreendendo que as decisões no âmbito do direito sejam impulsionadas tão-só por emoções ou interesses ou outros motivos “subjetivos e inteiramente irracionais”, intencionou elaborar uma metodologia para que os juízos de valor não dependessem apenas do arbítrio de cada um (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 135, 137).

⁵⁸⁸ Que Aristóteles definia como “a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis” e Perelman define a nova retórica como “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 141).

controvérsias acerca de objetos sobre os quais não pairam discussões objetivamente mensuráveis, como se processam os “raciocínios que visam a estabelecer ‘acordo’ sobre os valores e sobre sua aplicação”⁵⁸⁹.

Como a retórica, diferentemente da lógica formal, aproxima-se muito mais da “adesão” do que da “verdade”⁵⁹⁰, o conceito de “acordo” e de “auditório”⁵⁹¹ ganha relevo na teoria perelmaniana, “pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer”⁵⁹².

(...) a noção de acordo tornou-se fundamental quando os meios da prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conformes ao direito.⁵⁹³

Partindo da distinção proposta por Aristóteles entre raciocínios analíticos ou lógico-formais (que lidam com “verdade”) e raciocínios dialéticos ou retóricos (que falam do caráter razoável de uma determinada opinião ou decisão), Perelman compreende que as decisões judiciais embasam-se em “juízos de

⁵⁸⁹ “Na ausência de técnicas unanimemente admitidas é que se impõe o recurso aos raciocínios dialéticos e retóricos, raciocínios que visam estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 139).

⁵⁹⁰ A distinção entre “retórica” e “lógica formal”, Perelman a esclarece utilizando-se de quatro observações: a) “a retórica procura persuadir por meio do discurso”, não por outro meio, p. ex. a experiência; b) a lógica formal é incapaz de resolver problema que consista em escolher uma dentre várias possíveis soluções para um dado caso. Para tanto, é preciso recorrer à retórica; c) “a adesão a uma tese pode ter intensidade variável”, pois se tratam de valores; e d) a retórica “diz respeito mais à adesão do que à verdade” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142-143).

⁵⁹¹ “Para persuadir um auditório, em primeiro lugar é necessário conhecê-lo, é dizer, conhecer as teses que o auditório admite de antemão com as quais se poderá, por conseguinte, fixar a argumentação. É importante não só saber quais são as teses que os ouvintes admitem, mas também com que intensidade lhe dão sua adesão, pois são essas teses as que hão de fornecer o ponto de partida da argumentação”. Diante de um auditório universal, dever-se-ia lançar mão de “argumentos convincentes, que deveriam ser aceitos por qualquer ser racional” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 146 e 144).

⁵⁹² “De fato, uma argumentação persuasiva ou convincente pode dirigir-se a qualquer auditório que seja” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143-144).

⁵⁹³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 140.

valor”⁵⁹⁴ – e não “juízos de verdade” –, de maneira que a sua objetividade está apenas “na adesão, acordo ou aceitação generalizada dessas decisões”⁵⁹⁵.

Segundo Perelman, a lógica jurídica é operacionalizada por uma lógica da argumentação e não uma lógica formal. Ela utilizar-se-ia de provas dialéticas com vistas a convencer ou, pelo menos, persuadir o “auditório” ao qual se destina.

E a respeito do papel do juiz na aplicação da lei, Chaïm Perelman salienta que é indispensável a esse órgão judiciário um “poder complementar” de adaptar os textos aos casos concretos, um “poder criador e normativo no campo do direito”, sob pena de a sua missão de resolver conflitos ser frustrada⁵⁹⁶.

Os juízes, no entanto, continuariam subordinados à “vontade do legislador”, mas não aquele “legislador histórico”, da escola da exegese. É que, para Perelman, recorrer aos debates parlamentares que precederam a lei seria pouco satisfatório, a não ser que se reconhecesse que a realidade nada mudou⁵⁹⁷. Nesse sentido, ter-se-ia o que o autor denomina de “interpretação estática da lei”⁵⁹⁸.

Em contraste a esse tipo de interpretação, está a “interpretação dinâmica”, em que o juiz, diante de uma lacuna, “teria de preenchê-la, pondo-se no lugar do legislador”⁵⁹⁹. Com efeito,

⁵⁹⁴ Essa afirmação, Perelman a deduz do pensamento de Esser Kriele e Struck (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 135).

⁵⁹⁵ NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

⁵⁹⁶ “O juiz possui (...) um poder complementar indispensável, que lhe permite adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 203).

⁵⁹⁷ Isso seria o mesmo que “adotar a hipótese metodológica, muito contestável, de que, pelo fato de o texto ter ficado inalterado, deve receber hoje a mesma interpretação que lhe deu o legislador do passado” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 205).

⁵⁹⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 206.

⁵⁹⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 206.

(...) ao colocar-se no lugar do legislador, o juiz torna-se, por assim dizer, independente dele, tendo a missão de criar a lei em vez de se limitar a aplicá-la. Assim é conduzido a elaborar soluções conformes a seu senso de equidade, libertando-se das coerções legais, com todos os perigos de subjetividade e de arbitrariedade que comporta semelhante solução.⁶⁰⁰

Assim, nem interpretação estática nem dinâmica, Perelman sugere que o juiz se vincule à vontade do legislador atual, pois, “em caso de desacordo com o juiz, o legislador atual tem condições de se manifestar e de votar uma lei interpretativa”⁶⁰¹.

E, com vistas a discernir o raciocínio judiciário, que se manifesta por excelência no processo judiciário⁶⁰² e deve ser “matizado segundo os auditórios aos quais se dirige”⁶⁰³, Chaïm Perelman propõe o estudo das técnicas de motivação – inglesa-americana e francesa. É que a obrigação de motivar, reforçada desde a Revolução Francesa, deve fazer revelar os motivos que “devem persuadir os pleiteantes, as instâncias superiores e a opinião pública esclarecida”⁶⁰⁴ sobre o porquê de o juiz ter adotado um dado posicionamento.

A exemplo da atitude do juiz da *common law*, Chaïm Perelman recomenda que, para cumprir a “obrigação de uma ampla justificação”, “(...) não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna,

⁶⁰⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 206.

⁶⁰¹ “(...) quando a vontade à qual alude é a do legislador atual, afirma uma hipótese cuja verdade pode ser controlada, pois, em caso de desacordo com o juiz, o legislador atual tem condições de se manifestar e de votar uma lei interpretativa. A possibilidade de um diálogo entre partes capazes de dar a conhecer sua opinião, a saber, a Corte Suprema e o legislador atual, é que torna atraente a técnica de interpretação sugerida, pois ela transforma a busca da vontade do legislador em uma presunção susceptível de ser derrubada, em vez de fazer dela uma presunção irreversível, e, às vezes, nitidamente fictícia, pois escapa a qualquer controle efetivo” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 206-207).

⁶⁰² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 209 e 221.

⁶⁰³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 216.

⁶⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 213.

socialmente útil”⁶⁰⁵. A motivação é exigível para que reste demonstrado que a decisão está de acordo com o direito em vigor⁶⁰⁶.

De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária.⁶⁰⁷

Nesse contexto, Perelman aduz que o papel do juiz, na concepção atual do direito, é encontrar uma solução que seja “razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária”⁶⁰⁸. Nisto está a questão central do pensamento perelmaniano: que a decisão judicial deve ser convincente a três auditórios diferentes, às partes em litígio, aos demais juristas e à opinião pública⁶⁰⁹.

A aplicação do direito importa na redefinição do conteúdo de vários dos valores aceitos pela sociedade, a partir da sua comparação⁶¹⁰, e na decisão que justifica social, moral, econômica, política ou mesmo juridicamente as escolhas do juiz⁶¹¹. Por conseguinte, o papel da lógica jurídica é “demonstrar a aceitabilidade das premissas”⁶¹².

⁶⁰⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 216. Sobre o mesmo tema da motivação das decisões judiciais, Mauro Cappelletti, ao falar da criatividade da decisão judicial, argui que “nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete”, mas que, por outro lado, “o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valorização” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 25).

⁶⁰⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 220.

⁶⁰⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222.

⁶⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222.

⁶⁰⁹ “Não basta que a decisão pareça equitativa, é necessário ainda que seja conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 223, 238).

⁶¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 229.

⁶¹¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 238-239.

⁶¹² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 242.

2.1.2.3 Inocência Mártires Coelho

Inocência Mártires Coelho advoga que a “consciência jurídica geral”⁶¹³ e o “devido processo legal” devem funcionar como “critérios de verdade”, formal e material respectivamente, no que toca ao controle e à legitimidade da atividade hermenêutica exercida pelos juizes, “na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito”⁶¹⁴.

Para o autor, a interpretação da Constituição é distinta daquela em que se objetam os preceitos infraconstitucionais⁶¹⁵:

Com efeito, enquanto a Lei ostenta um grau relativamente alto de determinação material e de precisão de sentido, podendo por isso, ser diretamente aplicável, a Constituição – pela sua natureza, estrutura e finalidade – apresenta-se como um sistema *aberto* de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juizes para lograrem efetividade.⁶¹⁶

Tanto a Lei quanto a Constituição, segundo Inocência Coelho, são objetos culturais e, como tais, são passíveis de serem conhecidos a partir do processo de compreensão que o intérprete vá a empreender⁶¹⁷. Haveria, ainda, duas semelhanças entre as interpretações da Lei e da Constituição: a) ambas buscam o “desentranhamento” do sentido do texto; e b) ambas intentam mediar e superar a distância ente o geral (abstrato) e o particular (concreto)⁶¹⁸.

O autor, em suas formulações, não se embasa em discussões próprias da linguística, antes assume que a interpretação de qualquer norma, como também da Constituição, é atividade intelectual, que fita “tornar possível a

⁶¹³ Com a acepção que lhe dá Karl Larenz: consciência constituída com base em critérios objetivos, consciência axiológica da comunidade jurídica de uma maneira geral (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 272-274).

⁶¹⁴ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76-77.

⁶¹⁵ Pois as normas constitucionais “são espécies do gênero norma jurídica, abstração feita do caráter *iniciante, autônomo e incondicionado* das leis fundamentais” (COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25).

⁶¹⁶ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

⁶¹⁷ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 32, 35.

⁶¹⁸ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas”⁶¹⁹.

Para Inocêncio Coelho, o processo dialético que a interpretação da Lei e da Constituição desencadeiam é do tipo infinito, muito apropriado ao desenvolvimento da criatividade do intérprete judicial, sempre sob a forma de “novas leituras dos mesmos enunciados normativos”⁶²⁰. Os juízes passariam a ser “instâncias heterônomas de criação abreviada do direito”⁶²¹.

Em sede de jurisdição constitucional, o autor vislumbra haver um problema inerente à atividade interpretativa, relacionado aos seus limites:

No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque **as Cortes Constitucionais estão situadas “(...) fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais”, como também porque a atividade interpretativa se desenvolve, quase que exclusivamente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais.**⁶²² (Grifos nossos)

“Desenvolvendo” esses enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, novas concepções a respeito dos textos e institutos do direito são inauguradas, algumas que não contrariam a Constituição e outras que

⁶¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

⁶²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37. E complementa, dizendo: “(...) quando os juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 39).

⁶²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 39. Para Ulrich Beck, a partir da constituição de uma nova cultura política pela incorporação de diferentes atores e áreas sociais, advém o surgimento não-institucional do político, a que ele denomina “subpolítica” – com este termo, “subpolítica”, quer se referir à maneira como a política acontece na modernidade reflexiva. É que “junto ao modelo da democracia especializada, ganham realidade formas de uma nova cultura política, nas quais diversos centros da subpolítica, apoiados em direitos fundamentais usufruídos, atuam sobre o processo de formação e implementação de decisões políticas” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 289). Assim, o que haveria, na verdade, é uma “política de fatos consumados” em que se escaparia à crítica e aos debates públicos sobre o que extrapola ou não a competência de quem está a decidir.

⁶²² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38. O autor conceitua as “mutações constitucionais” como “procedimentos – embora heterônomos e abreviados – de criação jurídica que, mediante interpretações atualizadoras, têm a virtude de regenerar o texto constitucional sem apelo às revisões formais, que tanto prejuízo acarretam para o prestígio da Constituição” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 42).

contraditam seus princípios estruturais e devem ser consideradas inconstitucionais⁶²³.

Diante disso, considera que os fatos atuam sobre os modelos jurídicos e as diversas situações da vida emprestam significação aos textos de lei, de maneira que a norma não pode ser tida como pressuposto, mas, sim, como resultado do processo interpretativo. A “constante adequação das normas aos fatos apresenta-se como requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua”⁶²⁴.

Nessa esteira, Inocêncio Coelho aduz que o trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos induz à aglutinação permanente entre os processos de compreensão, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos⁶²⁵, a partir do que se criará a “norma de decisão concreta” ou “norma do caso”.

⁶²³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.

⁶²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 41. A propósito, Konrad Hesse assevera que as possibilidades e limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), porque a sua pretensão de eficácia está condicionada pelas condições históricas da sua realização (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14, 15 e 24).

⁶²⁵ Na obra de Gadamer, compreender e interpretar passaram a ser vistos como uma mesma “coisa” e a linguagem como o meio como se realiza a compreensão: “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no médium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 503). Falar a linguagem do outro, para Hans-Georg Gadamer, é condição de existência (correção) do texto, é a concreção do próprio sentido da compreensão. E Gadamer não separa a compreensão da aplicação. Para o autor, interpretação é a “demonstração expressa” da compreensão e, portanto, é o meio como produzi-la. O que se compreende passa a ser apropriado por quem compreende. Por isso, afirmar que “Compreender e interpretar estão imbrincados de modo indissolúvel” – aqui não importaria se a interpretação é interpretação científica ou reprodução artística (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 515-516). Gadamer visualiza a compreensão como um jogo, “não no sentido de que aquele que compreende se coloque como jogador na reserva, abstendo-se de tomar uma posição que o ligue às pretensões que lhe são colocadas” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 631), de maneira que “não existe [existiria] seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva [devesse] sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 631).

Ao seu ver, o intérprete aplicador deve “reconstruir mentalmente a nomogênese jurídica”⁶²⁶ para compreender os modelos jurídicos que aplicar, com vistas a interrogar corretamente o texto legal⁶²⁷. Este seria um recurso hermenêutico útil para fazer decifrar quais problemas sociais ensejaram a dada resposta normativa⁶²⁸.

Inocência Mártires Coelho, apoiado em Hans-Georg Gadamer, argúi que os horizontes significativos do texto normativo e o de seu aplicador se fundem⁶²⁹, o que promove a ampliação do universo significativo do intérprete-aplicador.

⁶²⁶ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44.

⁶²⁷ Consoante Hans-Georg Gadamer, a pergunta é um fenômeno hermenêutico. A partir das perguntas que o intérprete faça, reconhecer-se-ia se empático ou apático à alteridade e o quanto é capaz de se despir de si mesmo enquanto interpreta. Seria diferente de pensar historicamente, que significa “realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado quando procuramos pensar neles. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 513-514). Interpretar significaria, consoante argúi Gadamer, “colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente à fala a opinião do texto” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 514). “Como a conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética de pergunta e resposta” e “o caráter de linguagem da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 504). Por conseguinte, a tradição escrita, que, ao ver do autor, se funda na idealidade da palavra, não carregaria consigo uma parte do passado, mas, sim, a continuidade da memória. “(...) a essas notícias do passado ainda não chamamos de história. Os textos, ao contrário, sempre trazem à fala um todo” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 505).

⁶²⁸ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44-45.

⁶²⁹ Segundo a significação que Gadamer ofereceu à expressão “fusão de horizontes”, isso quer dizer que o horizonte de sentido da compreensão “não pode ser limitado pelo que tinha em mente originalmente o autor, nem pelo horizonte do destinatário para quem o texto foi originalmente lido” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 511), antes devem ser conciliados. O texto escrito consubstanciar-se-ia no diálogo entre gerações, porque “na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma da escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 505). A escrita, para Gadamer, “é uma forma de autoalienação” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 506), que deve ser superada pela leitura do texto e pela sua reconversão em linguagem – enquanto os monumentos não escritos dispensam decifração ou compreensão de sua literalidade, os textos escritos são compreendidos na esfera de sentido mediada pela tradição da linguagem. Para o autor, é na escrita que “a linguagem alcança sua verdadeira espiritualidade” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 506) e “só a tradição escrita que pode desligar-se da mera persistência de resíduos de uma vida passada, a partir dos quais é possível à existência (*Dasein*) remontar a outra existência completando-a” (GADAMER, Hans-

No âmbito da hermenêutica jurídica, por outro lado, esse enriquecimento de perspectiva, porque amplia a capacidade de análise e de persuasão do intérprete, acentua-lhe o dever de prestar contas do seu trabalho interpretativo, que, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável, pois não se coaduna com a ideia de Estado de Direito a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que se ponha acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.

Assim, a efetividade do Direito seria assegurada sempre que os intérpretes-aplicadores da lei promovessem a adequação das normas aos fatos⁶³⁰, o que ocorre por conta do enriquecimento de perspectiva no campo da hermenêutica, da fusão (“gadameriana”) do seu horizonte com o do texto. Mas, a não ser que o magistrado preste contas da sua interpretação – demonstrando-a racional, objetiva e controlável –, o julgamento poderia se convolar em um pronunciamento despótico⁶³¹, acima da lei e dos critérios de interpretação⁶³².

Além de tornar transparentes o “itinerário hermenêutico”, seria necessário que as decisões judiciais convencessem⁶³³: “num autêntico Estado de

Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 506). Apesar de todo texto (escrito) superar seu próprio conteúdo e contexto (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 508), deve-se reconhecer sua debilidade, a respeito do que Gadamer procura deixar claro que a debilidade é do escrito e não da linguagem. Contudo, quando se reconhece que o repertório da língua não supre todas as necessidades do autor, mas “sucumbe a mal-entendidos deliberados ou involuntários” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 508), a tarefa de compreender ganha ainda mais relevo. A dialética deveria socorrer a debilidade da escrita (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 508) – “Realmente existe também uma arte da escrita capaz de vir em auxílio do pensar, e é a esta que deve subordinar-se a arte da compreensão que presta a mesma ajuda ao escrito” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 509).

⁶³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46-47.

⁶³¹ Para Inocêncio Coelho, “só é possível uma hermenêutica jurídica onde a lei vincule, por igual, a todos os membros da comunidade jurídica” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47-48). Daí, a não ser que o itinerário hermenêutico do juiz esteja consignado na “norma de decisão concreta” que produziu, não se poderá controlar que todos estejam mesmo vinculados, por igual, à lei (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48).

⁶³² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47-48.

⁶³³ Só desta maneira o entendimento que antes era apenas um ponto de vista subjetivo tornar-se-ia também o entendimento objetivo, senão unânime, pelo menos da maioria do grupo social (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 51).

Direito, para serem legítimas, as decisões dos agentes públicos devem, inclusive, convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar”⁶³⁴.

Por essa razão, a publicidade e a fundamentação das decisões são, para Inocêncio Mártires Coelho, como um dever imposto aos magistrados, porquanto

(...) à míngua de justificação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a ideia do direito enquanto instrumento de ordenação justa e racional da convivência humana.⁶³⁵

Dessa feita, só a fundamentação das decisões asseguraria a sua racionalidade e, com isso, mais segurança às decisões:

(...) o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento puramente subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele *resíduo incômodo* de voluntarismo, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico.⁶³⁶

Já dentre as condições gerais que devem delimitar a atividade interpretativa dos juízes, Inocêncio Mártires Coelho alista quatro: (i) o caráter linguístico de qualquer interpretação⁶³⁷, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem⁶³⁸; (ii) o caráter necessário da atividade interpretativa⁶³⁹,

⁶³⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48.

⁶³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48-49.

⁶³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49.

⁶³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

⁶³⁸ Para Hans Georg Gadamer, “O problema hermenêutico não é, pois, um problema de domínio correto da língua, mas de correto acordo sobre um assunto, que se dá no *medium* da linguagem” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 499). Isso porque, ao seu ver, “compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 497). A conversação, caso pretenda ser autêntica, não estaria sob o controle de nenhum dos interlocutores. Ao invés de dirigi-la, eles seriam por ela dirigidos, pois ela tem seu próprio espírito. Assim, seria no campo da linguagem que se mediariam os acordos que vão propiciar o entendimento da coisa (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 512). A conversação seria um processo de acordo, que se operaria graças ao domínio da língua. Esse acordo levaria a que um se colocasse no lugar do outro, com a finalidade única de entender o que se diz. Assim, vê-se que o foco estaria o intérprete, e não no autor ou no leitor originário – por isso, a interpretação não se restringe ao ambiente do autor do texto, nem ao do leitor originário: “Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão,

segundo o que não há lei suficientemente clara que dispense interpretação; (iii) o caráter contextual da interpretação⁶⁴⁰, que requer que os signos linguísticos contidos no texto de lei sejam concebidos não só literalmente, mas, também, no contexto em que utilizados; e (iv) o caráter unitário do processo em que se desenvolve o trabalho hermenêutico⁶⁴¹, a partir do qual o ordenamento jurídico é uma totalidade orgânica em perene dinamismo⁶⁴².

Por consequência, o autor infere um limite da interpretação: o respeito à autonomia do texto, que é condição de sua objetividade⁶⁴³. Portanto, seria mister que o aplicador da lei dela se utilizasse como seu ponto de partida e dela extraísse as amarras da sua interpretação⁶⁴⁴, a fim de evitar a atribuição de significado arbitrário aos enunciados normativos.

Isso não quer dizer que os tribunais não possam, de forma discricionária, imprimir novo significado a determinado texto de lei sempre que a realidade assim o exigir, para a “correção e justiça da decisão”, desde que fundamentadamente.

(...) não pode o intérprete, contraditoriamente, *partir* de resultados *preconcebidos* e, depois, para legitimá-los, valer-se de uma pseudoargumentação para *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos, porque (...) tal *inversão* do itinerário do raciocínio acabará desqualificando o seu trabalho e comprometendo a

de ocasião para ocasião” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 512). “No caso de textos, trata-se de ‘manifestações da vida fixadas de modo permanente’ e que devem ser entendidas” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 502). O texto, desde que escrito, deixaria de ser do autor ou do seu tempo: “O que se fixa por escrito desvinculou-se da contingência de sua origem e de seu autor, liberando-se positivamente para novas relações” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 512). Do que se extrai que o intérprete transformaria os signos escritos, ao passo que doaria um tanto de si para o texto, de maneira que os tais signos possuísem sentido no seu tempo. A esse fenômeno convencionou-se denominar “conversação hermenêutica”, pois, na conversação, não há direção de uma das partes e “o significado de um texto não se pode comparar com um ponto de vista fixo, inflexível e obstinado” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 502), antes o horizonte hermenêutico do intérprete é determinante para o estabelecimento do sentido da “coisa”.

⁶³⁹ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

⁶⁴⁰ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

⁶⁴¹ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

⁶⁴² COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 63.

⁶⁴³ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

⁶⁴⁴ COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

avaliação dos resultados como critério de controle da interpretação.⁶⁴⁵

Deduz-se, ainda, da quarta condição geral à atividade interpretativa do juiz que todos os chamados “métodos”⁶⁴⁶ de interpretação do direito (gramatical, lógico, histórico e sistemático) sejam integrados, sem hierarquia entre eles⁶⁴⁷, o que, provavelmente, faz redundar em mais liberdade interpretativa ao juiz.

Apesar de todas essas semelhanças entre a interpretação da Lei e da Constituição, segundo Inocêncio Mártires Coelho, persistem dessemelhanças, pois “a interpretação dita especificamente constitucional (...) é antes de tudo uma hermenêutica de princípios, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a ideia retrospectiva de interpretação pela ideia prospectiva de concretização”⁶⁴⁸.

Daí, no seu entender, a própria Constituição determina a escolha do método adequado para o seu conhecimento, em razão do qual são “criados” seus objetos hermenêuticos, “(...) num processo aberto e infinito, cuja consistência e validade são controladas submetendo-se o seu resultado a um *critério de verdade* que se assenta na *justiça* da decisão produzida em cada caso concreto”⁶⁴⁹, controlável pelo devido processo legal e a “consciência jurídica geral”⁶⁵⁰.

2.2 O JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

⁶⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62-63.

⁶⁴⁶ Que, em verdade, desde Savigny, foram considerados “operações” hermenêuticas.

⁶⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61-62.

⁶⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 98.

⁶⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

⁶⁵⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76-77.

O conteúdo do princípio da separação de poderes no nosso país só pode ser alcançado a partir da análise dos dispositivos constitucionais que regulam a relação entre os seus Poderes⁶⁵¹.

A Constituição de 1988 consagra o princípio da Separação de Poderes logo em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Da análise dos

⁶⁵¹ “O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando erigido no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República” (STF. **ADI n. 183**, Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 7.8.1997, DJ de 31.10.1997. Ementa: “I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. II. Magistrado: aposentadoria compulsória: exclusividade das hipóteses previstas no art. 93, VI, da Constituição: impossibilidade de criação de outra por Constituição Estadual. 1. O art. 93, VI, da Constituição, enumera taxativamente as hipóteses de aposentadoria facultativa e compulsória dos magistrados e veicula normas de absorção necessária pelos Estados-membros, que não as podem nem restringir nem ampliar. 2. Além de ser esse, na atualidade, o regime das normas constitucionais federais sobre os servidores públicos, com mais razão, não há como admitir possam os Estados subtrair garantias inseridas nas regras constitucionais centrais do estatuto da magistratura, entre as quais a da vitaliciedade, à efetividade da qual serve o caráter exaustivo dos casos previstos de aposentadoria compulsória do juiz. 3. Inconstitucionalidade da norma da Constituição Estadual que impõe a transferência obrigatória para a inatividade do Desembargador que, com trinta anos de serviço público, complete dez anos no Tribunal de Justiça. 4. Extensão da declaração de inconstitucionalidade a normas similares relativas aos Procuradores de Justiça e aos Conselheiros do Tribunal de Contas. III. Poder Judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. 1. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o auto governo do Judiciário - além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária - reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-Pb, Gallotti, 21.11.96): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado “controle externo”, com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. 2. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais.”)

dispositivos constitucionais atinentes ao tema, é possível identificar qual é o conteúdo do Princípio de Separação de Poderes atualmente adotado no Brasil.

A Constituição Federal regulou as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em seu Título IV. Dentre as várias situações previstas em sede constitucional, há hipóteses em que a Constituição possibilita que um poder exerça controle sobre a atividade confiada a outro⁶⁵².

No nosso modelo brasileiro de Separação de Poderes, vê-se dentre os casos de atuação fiscalizatória de um poder sobre o outro também aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre o Judiciário, ou vice-versa. No primeiro caso, o Senado é que tem competência privativa para processar os Ministros do STF em crimes de responsabilidade ou de aprovar, após arguição pública, a escolha dos magistrados, nos termos do artigo 52, incisos II e III. No segundo caso, o Judiciário pode fiscalizar a regularidade constitucional das leis de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais.

Se acaso sobrevier emenda constitucional que toque o tema da Separação de Poderes, este é sensível à nova conformação institucional do Estado, desde que se mantenha o núcleo político do princípio, mediante a preservação do livre e desembaraçado desempenho das típicas atribuições constitucionais de cada um dos Poderes, que lhes assegure independência⁶⁵³.

⁶⁵² Exemplos: arts. 49, IX e X, 50, 66, 101, 104, p. único, 107, 111-A, 115, 119, inciso II, 120, § 1º, inciso III, e 123. Não é porque o Título IV estrutura separadamente os poderes do Estado Brasileiro que o artigo 2º seja inócuo. “Isso porque, como visto, a Constituição de 1988 institucionalizou um marcante sistema de controle recíproco, a significar, portanto, que a separação de Poderes, no Brasil, apresenta um arranjo entre poderes permeado de contundentes mecanismos de mútua fiscalização” (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. “Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional”. In: **Revista de Informação Legislativa**, vol. 45, n. 178, abr-jun/2008, p. 202).

⁶⁵³ O STF também já se manifestou, quando julgou sobre a constitucionalidade da norma instituidora do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de que é possível instituir novos arranjos institucionais sem que isso importe em afronta ao princípio da separação de poderes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.367**, Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 13.4.2005, DJ de 17.3.2006. Ementa: “1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. Caracterização. Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. Suficiência. Carência da ação não configurada. Preliminar repelida. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Devendo as condições da ação coexistir à data da sentença, considera-se presente o interesse processual, ou de agir, em ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional que só foi publicada, oficialmente, no curso do processo, mas antes da sentença. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004.

Assim, tendo delineado, em breves considerações, como a Teoria de Separação de Poderes foi internalizada pelo Brasil, pende averiguar se, em sua atual conformação, ela limita ou condiciona de qualquer forma a atuação dos magistrados, os incumbidos de aplicar judicialmente as leis.

Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. Pendência de projeto tendente a torná-la expressa, mediante acréscimo de § 8º ao art. 103-B da CF. Irrelevância. Ofensa ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Impedimentos já previstos à conjugação dos arts. 95, § único, e 127, § 5º, II, da CF. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido aditado. Improcedência. Nenhum dos advogados ou cidadãos membros do Conselho Nacional de Justiça pode, durante o exercício do mandato, exercer atividades incompatíveis com essa condição, tais como exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério, dedicar-se a atividade político-partidária e exercer a advocacia no território nacional.”)

Para tanto, é bom lembrar⁶⁵⁴ que John Locke⁶⁵⁵, no século XVII, não falava em separação de “poderes”, mas de “funções”⁶⁵⁶ (legislativa, executiva, federativa e prerrogativas⁶⁵⁷). Para ele, “a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é [era] o estabelecimento do poder legislativo”⁶⁵⁸ e o Judiciário fazia parte dessa função legislativa. Ao juiz, imparcial⁶⁵⁹, incumbia, especificamente, aplicar a lei no caso concreto, bem como dosar as punições e se certificar do cumprimento dos castigos impostos a infratores⁶⁶⁰.

Foi apenas com a sistematização da Teoria da Separação de Poderes, promovida por Montesquieu, no século XVIII, que o Judiciário ganhou alguma autonomia com relação aos demais poderes, passando a três os poderes do Estado, a saber: o legislativo (bicameral), o executivo (monarquia) e o judiciário (júri). Essa tripartição de poderes era fundada na liberdade política⁶⁶¹.

⁶⁵⁴ Consoante Paulo Bonavides, a ambiência histórica é bem relevante para conhecer os limites e possibilidades do princípio da separação de poderes em sua atual conformação (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 134).

⁶⁵⁵ Teórico da Revolução Gloriosa (inglesa) de 1690, que tratou sobre o compartilhamento dos poderes do rei (“King in Parliament”), criando condições para um novo modo de convivência política. Antes dele, pode-se mencionar outros três pensadores que, de alguma maneira, contribuíram para o desenvolvimento do princípio da separação de poderes: Aristóteles, que já considerava injusto e perigoso, além de ineficiente, que um só indivíduo exercesse o poder (ARISTÓTELES. **A Política**. Livro III, Cap XI); Marsílio de Pádua, que, em 1324, já distinguia entre legislativo (o povo era o “primeiro legislador”) e executivo (o rei) (PÁDUA, Marsílio de. **O Defensor da Paz**. Trad. José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997, p. 130 e ss.); e Maquiavel, para quem, na França do século XVI, já havia três poderes distintos, o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente (MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**: com notas de Napoleão Bonaparte. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131-148).

⁶⁵⁶ Dalmo Dallari anota que o poder do Estado é uno e indivisível, do que decorreria que não há que se falar em separação de poderes, mas em distribuição de funções (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215-216).

⁶⁵⁷ “(...) o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” (LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Igor César F. A. Gomes (org.). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 1994, cap XII, XIII e XIV).

⁶⁵⁸ LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Igor César F. A. Gomes (org.). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 1994, p. 71.

⁶⁵⁹ O poder judicial idealizado por Montesquieu não deveria ser exercido por magistrados de carreira, mas por cidadãos eleitos para exercerem temporariamente o encargo.

⁶⁶⁰ LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Igor César F. A. Gomes (org.). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 1994, p. 69 e 72.

⁶⁶¹ Que “não consiste em se fazer o que se quer. (...) a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166).

Mais que estabelecer funções inerentes a cada um dos poderes – o que não quer dizer que haja uma separação absoluta entre eles três⁶⁶² –, a teoria de Montesquieu embasou o mecanismo de equilíbrio⁶⁶³ e recíproco controle⁶⁶⁴ entre os poderes⁶⁶⁵: “Tudo estaria perdido se uma só pessoa, ou um só corpo de notáveis, de nobre ou de povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as decisões públicas e o de punir os delitos ou contendas entre os particulares”⁶⁶⁶.

Ao poder de julgar⁶⁶⁷, incumbia precipuamente punir os crimes ou julgar os litígios entre os particulares⁶⁶⁸. Para tanto, os juízes seriam “apenas a

⁶⁶² Com base em Hegel, Paulo Bonavides, aliás, assevera que a literal separação de poderes destruiria a unidade do poder estatal, por sua natureza indivisível (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 147).

⁶⁶³ A técnica que conduziria ao equilíbrio entre os poderes seria a de conferir a cada um dos poderes a faculdade de estatuir (“*faculté de statuer*”) e a faculdade de impedir (“*faculté d’empêcher*”). A faculdade do Judiciário de impedir atos de outros Poderes só se manifesta concretamente quando esse Poder decide sobre inconstitucionalidade de atos do Legislativo ou declara ilegal dada medida administrativa do Executivo (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 140-141).

⁶⁶⁴ Para controlar o rigor e a rigidez da separação de poderes, foi previsto que um poder participasse do outro em várias situações, tais como: veto pelo Executivo de resoluções legislativas; rejeição de veto pelo Legislativo; processo de *impeachment* do chefe do Executivo levado a cabo pelo Legislativo; ratificação de tratado internacional pelo Legislativo; aprovação pelo Legislativo de indicações do Executivo para altos cargos do Judiciário; entre outras. (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 141). Pois “(...) todo homem que possui poder é levado a dele abusar (...). Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder (SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166).

⁶⁶⁵ “No Estado de Direito do século XX a ideia de controlo, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação de poderes” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 258-259).

⁶⁶⁶ “(...) não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor” (SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168). Também os Federalistas norte-americanos apregoaram entendimento semelhante: “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, autoneomadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição de tirania” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, artigo XLVII).

⁶⁶⁷ Ou Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil.

⁶⁶⁸ SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168. Para Dalmo Dallari, “O ponto obscuro da teoria de Montesquieu é a indicação das atribuições de cada um dos poderes. (...) já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, mas que não dá ao Estado

boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o vigor”⁶⁶⁹. Sua tarefa de interpretação não passaria de mero silogismo, de mera aferição se os fatos se subsumiam às normas editadas⁶⁷⁰.

Para o Estado Liberal⁶⁷¹, o princípio da separação de poderes⁶⁷² não representava tão somente um elemento organizatório. Mais que isso, “a separação orgânico-pessoal daquelas funções era imposta em nome da liberdade e da segurança individuais”⁶⁷³.

qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 218).

⁶⁶⁹ SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

⁶⁷⁰ “Os juízes seriam autômatos, daí porque a sentença a ser proferida no caso concreto seria uma fiel reprodução do que já decidido genérica e abstratamente na lei” (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. “Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional”. In: **Revista de Informação Legislativa**, vol. 45, n. 178, abr-jun/2008, p. 198).

⁶⁷¹ O princípio da Separação de Poderes foi alçado à condição de dogma do Estado Moderno depois que passou a estar previsto no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”), bem como no art. 5º da Declaração de Direitos da Virgínia: “(...) que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário”.

⁶⁷² Nuno Piçarra distingue a Separação de Poderes enquanto doutrina e enquanto princípio constitucional. Na primeira hipótese, a separação de poderes se dedica “à análise e à prescrição dos equilíbrios e limitações entre os grupos sociais, assumindo-se também com uma teoria do pluralismo ou como uma ‘teoria integral da separação de poderes’; já enquanto princípio constitucional, “a separação de poderes apenas diz respeito à estrutura do poder político-estadual, sem a referir directa e imediatamente às ‘potências’ sociais enquanto tais. É apenas uma separação ‘normativa’ dos poderes” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 231).

⁶⁷³ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 247. Em mesmo sentido: ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 50-51. “É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215). Segundo Flávia Piovesan, para a doutrina do constitucionalismo liberal, “o Estado só poderia ser caracterizado como Estado constitucional se os indivíduos usufruíssem de liberdade, segurança e propriedade e se o poder estivesse distribuído por diversos órgãos” (PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27). Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides: “Todo prestígio que o

Ocorre que, essa Teoria de Separação de Poderes, com a feição que lhe deu o liberalismo, já não se ajusta ao novo papel do Estado, que passou a se compromissar com a ordem social⁶⁷⁴. Isso porque, inicialmente, foi pensada para garantir a inação do Estado⁶⁷⁵, não sua ação em prestações nitidamente positivas.

A esse respeito, Luís Carlos Martins Alves Jr. aduz que:

Nessa fase do constitucionalismo, **o Estado ao assumir um papel de maior interferência na vida social, trazendo para si a responsabilidade da solução dos conflitos coletivos e sociais, força um agigantamento do poder executivo, diante dos demais poderes, sobretudo o legislativo.** (...)

No paradigma do Estado Social, as Constituições passam a ser depositárias dos anseios sociais da coletividade. Cai o modelo das Constituições liberais, sintéticas e surgem as Constituições analíticas dotadas de programas sociais. **Constitucionalizam-se os problemas e demandas sociais.**⁶⁷⁶ (Grifos nossos)

Na visão de Dalmo Dallari, a partir daqui, “pretendeu-se que a mesma teoria” – que já havia se transformado em dogma dos Estados Modernos, hábil a prevenir a formação de governos autoritários – “contribuísse com o aumento da eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados”⁶⁷⁷.

princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realidades absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 142).

⁶⁷⁴ A evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. “Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221).

⁶⁷⁵ Fazendo alusão a lição de John Robert Seeley, Jeremy Waldron anota que a ação do Estado era a sua anomalia na Teoria clássica da Separação de Poderes: “O Estado-legislação (...) – isto é, o Estado continuamente empenhado em fazer leis, em desfazê-las e emenda-las – é uma anomalia” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 8).

⁶⁷⁶ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 59.

⁶⁷⁷ Ocorre que, “A um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade” (PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 185). Assim, se o Estado desconcentrar mais, oferece mais liberdade aos seus cidadãos; se desconcentrar

Luís Carlos Martins Alves Jr. remarca, ainda, que, superado o Estado Social, emergiu o Estado Democrático, que tornou os indivíduos cidadãos, quer dizer, “partes interessadas no processo de escolhas das decisões estatais, na construção do Estado”. Decorrencia disso,

(...) a separação de poderes perde o ranço do liberalismo, no sentido de radical separação, e passa a ser uma interdependência harmônica entre os poderes do Estado, tendo como vetor e limite a Constituição e como objetivo maior salvaguardar não somente a liberdade, mas sobretudo a dignidade humana. (...)

A Constituição, numa democracia, passa a ser o principal instrumento para a garantia das liberdades e da dignidade humana e a separação de poderes um poderoso aliado na efetivação desses objetivos, seja com um executivo dinâmico, ou um legislativo sensível às demandas sociais ou um judiciário defensor da efetividade constitucional, por meio da jurisdição constitucional.⁶⁷⁸ (Grifos nossos)

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o verdadeiro sentido dos textos de Locke, Rousseau e Montesquieu:

Não é, entretanto, apenas o sistema de representação construído no Século das Luzes, num assomo de racionalismo otimista, que está hoje em ruínas. Igualmente, o sistema de freios e contrapesos, imaginado pelos mais realistas, ou mais pessimistas, para garantir a liberdade contra a opressão se esboroou também.⁶⁷⁹

Consoante entendimento desse autor, mesmo nas origens do chamado “modelo clássico”, “jamais Montesquieu supôs que todas as regras de direito que o juiz houvesse de aplicar aos julgamentos fossem legislativas”⁶⁸⁰.

E mais: Manoel Gonçalves Ferreira Filho considera que o caráter da “lei” foi alterado na sociedade pluralista e no constitucionalismo contemporâneo⁶⁸¹,

menos, garante mais eficiência (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215).

⁶⁷⁸ ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 66.

⁶⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

⁶⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

⁶⁸¹ Perelman corrobora esse entendimento: “Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos

restando ao “princípio da legalidade” apenas seu caráter meramente formal, não mais podendo relacioná-lo ao ideal de Justiça⁶⁸².

Daí, os riscos envolvidos na interpretação dos textos legais constituem, para o autor, um “mal sem remédio”: “(...) o que a lei dispõe é sempre o que o mais alto Tribunal vê disposto na lei, qualquer que possa ser o seu sentido e alcance para os outros”⁶⁸³.

O que Nuno Piçarra identificou é que, com a teoria positivista alemã do Estado, a tripartição de poderes passou a identificar “a teoria da diferenciação dogmática das funções estaduais, de acordo com critérios jurídicos”⁶⁸⁴. E que, “a cada poder, órgão ou complexo orgânico unificado corresponderia exclusivamente uma função estadual materialmente definida – a isto se reduziria o princípio da separação dos poderes”⁶⁸⁵.

(...) o princípio da separação dos poderes reduziu-se a um princípio de distinção entre actos com diverso valor formal, ou a um princípio de distinção formal e material não coincidente entre os vários actos estaduais, exhaustivamente integráveis na dogmática tripartição funcional.

específicos” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222).

⁶⁸² “Pela lei é possível atender a um entusiasmo (ou interesse, acrescente-se) momentâneo, ao passo que, pelo costume, jamais. Isso explica por que motivo certos grupos eleitoralmente fortes conquistam e mantêm privilégios em detrimento de outros e do próprio bom senso (Ripert). Desatende, assim, totalmente, o processo legislativo clássico à necessidade de conciliação, de proporção entre os interesses. No Estado Providência, esse fenómeno tem sua gravidade acentuada (...) as decisões do Estado assumem um caráter vital para os grupos. Da lei pode resultar o esmagamento desses grupos, o sacrifício total de seus interesses (...). A luta pela Lei substitui a luta pelo Direito (...). As Câmaras são campos de batalha (...). Nessa luta, é difícil a Justiça, por mais relativista que seja a concepção que se faça desta (...). O que há de prevalecer na maior parte das vezes é a força, seja a do número, seja qualquer outra. Ora, fazer da lei uma expressão da força é uma regressão, mais que isso, é uma aberração (...). Por outro lado, fruto de um sistema transitório de forças, sua existência é fugaz (...). O que era proibido, torna-se permitido (...). Para, logo mais, voltar a ser proibido (...). Desorientando, confundindo (...). Desaparece a segurança (...). Destarte, desmoraliza-se a lei e o sistema” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256-258).

⁶⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 277-278.

⁶⁸⁴ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 247.

⁶⁸⁵ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 247-248.

Assim entendido, **converteu-se num dogma, numa categoria com valor apriorístico.**⁶⁸⁶ (Grifos nossos)

Tendo sido o princípio da separação de poderes dogmatizado, na visão de Nuno Piçarra, entendia-se que as atividades e funções estaduais eram redutíveis ao Direito, aliás que o Estado e o Direito se identificavam, o que foi refutado por Hans Kelsen.

Para Kelsen, o Estado não tem três, mas tão-só duas funções básicas: a criação e aplicação do direito, que são funções supra e infra-ordenadas⁶⁸⁷.

Sendo a estrutura da ordem jurídica escalonada, cada acto jurídico-estadual é, simultaneamente, expressão das duas funções estaduais: é *legislatio*, é criação do Direito em relação ao acto imediatamente inferior na escala, de que é parâmetro de validade, e é *legis executio*, é execução do Direito em relação ao acto imediatamente superior e válido na medida em que se conformar com o que este estabelece. Apenas nos extremos opostos da escala se pode falar de um acto estadual de pura criação jurídica e de um acto estadual de pura execução.⁶⁸⁸

Dessa forma, abandona-se a noção de legislação (política) como uma oposição à atividade jurisdicional. “Se a política é ‘decisão’, está claro que em toda sentença judicial, em maior ou menor medida, está presente um elemento do exercício do poder. (...) Entre o carácter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 249.

⁶⁸⁷ “(...) a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*. A segunda função, no sentido mais restrito, está subdividida em função jurídica e função executiva. (...) Assim, as funções do Estado provam ser idênticas às funções essenciais do Direito. É a diferença entre criação e aplicação do Direito que se expressa na distinção entre os poderes do Estado” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 365-366).

⁶⁸⁸ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 249-250.

⁶⁸⁹ NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 133. Para Lourival Vilanova, “A partir do poder constituinte, portador de atos políticos em sua maior discricionariedade de meios e fins, todos os fatos políticos, no interior do ordenamento, são fatos juridicamente qualificados” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 395). Segundo Nuno Piçarra, o entendimento de Kelsen “retirava à teoria da separação de poderes a sua sustentabilidade, enquanto teoria da diferenciação material ou intrínseca das funções jurídicas do Estado” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 250).

Na tripartição jurídico-funcional clássica, a função política não cabia a qualquer dos Poderes, de forma que “começou por ser considerada como uma função juridicamente livre. Ficava, por isso, fora do âmbito da análise jurídica e da teoria (jurídica) do Estado”⁶⁹⁰. Daí passou a ser exercida pelo monarca, titular do governo⁶⁹¹.

Hoje, superou-se o entendimento de que a função política é juridicamente livre: “(...) fica excluída a possibilidade de a função política⁶⁹² ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece de habilitação constitucional”⁶⁹³.

⁶⁹⁰ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 251.

⁶⁹¹ A Constituição Imperial não distribuiu ao então “Supremo Tribunal de Justiça” competência que não fosse estritamente judicial (art. 164). O artigo 173 previu uma espécie de débil controle para manter a integridade e superioridade da Constituição, a encargo da Assembléia Geral. A Lei Constitucional de 1834, em seu artigo 25, incumbiu o Poder Legislativo Geral de interpretar os artigos daquela Lei. Consoante previram os arts. 8º e 9º, a esse Poder Legislativo cabia não só fazer as leis, mas, ainda, interpretá-las, além de velar pela guarda da Constituição. Pouco antes da promulgação da Constituição de 1891, que institucionalizou o federalismo e a separação de poderes, o Decreto orgânico n. 848 de 1890 conferiu aos juízes e tribunais apreciarem a constitucionalidade das leis e dos regulamentos (art. 59, alíneas *a* e *b*, da Constituição de 1891). Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a ter funções não apenas jurídicas, mas também políticas. Além de dirimir conflitos, deveria exercer a função de intérprete final da Constituição Federal e de seu guardião. “A linha evolutiva que segue o STF desde 1891 tem sido, nada obstante as mutações constitucionais descontínuas (...), a de uma instituição política e não apenas de um complexo de regras jurídicas postas no papel” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 391).

⁶⁹² “(...) a função jurisdicional, tal como actualmente se configure, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 259).

⁶⁹³ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 253. Pierre Bourdieu utiliza a noção de “campo” para revelar a relativa autonomia de que cada campo (político, jurídico ou qualquer outro) é servido, além do que a forma como procedem os jogadores de cada uma dessas esferas. O campo é um espaço de relações de poder, uma configuração social. Um campo “é um campo de forças, e um campo de lutas para transformar as relações de força” (BOURDIEU, Pierre. “O campo político”. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 5. Brasília, jan-jul/2011, p. 201), “é um microcosmo, isto é, um pequeno mundo social relativamente autônomo no interior do grande mundo social”, cada qual com sua própria lei, seus próprios princípios e regras de funcionamento (por exemplo, regras de aceitação de jogadores) e seu próprio troféu (objeto da luta dentro do campo). A compreensão da gênese social tanto do campo político quanto do campo jurídico passa pela identificação “da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram” (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. F. Tomaz. 15ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 69). A definição da posição dos participantes de um dado campo social e a disposição de cada indivíduo em relação aos seus pares concorrentes provém da concorrência pelo monopólio do exercício legítimo de um poder

A propósito, consoante assevera Nuno Piçarra, hoje o Estado conhece a terceira fase do princípio da separação de poderes⁶⁹⁴. Inicialmente, ele teria sido idealizado para garantir a liberdade individuais na égide do Estado Liberal; depois, confundir-se-ia com a teoria da diferenciação dogmática das funções estatais.

Atualmente o referido princípio se identificaria com a “organização ótima das funções estatais”, que iria “no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de

simbólico ou capital específico. Uma particularidade do campo político reside mesmo na relação que seus agentes devem constantemente manter com os seus expectadores, o que lhe impossibilita autonomizar completamente. É que “está incessantemente referido a sua clientela, aos leigos, e estes têm de alguma forma a última palavra nas lutas entre os clérigos, entre os membros do campo” (BOURDIEU, Pierre. “O campo político”. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 5. Brasília, jan-jul/2011, p. 202-203). Por via de consequência, o campo político não é e nem pode ser fechado em si mesmo, ainda que, como todo campo, esteja sempre em busca da mais absoluta autonomia. O campo jurídico, por seu turno, é relativamente independente das condicionantes histórico-sociais (elevado grau de autonomia) e acentuadamente hierarquizado. No seu interior, os participantes concorrem pelo exercício legítimo de um capital muito específico: a autoridade jurídica (o direito de dizer o direito), que é do Estado. Pierre Bourdieu, em 1999, já percebia estar havendo uma abertura do campo político para a atuação de outros agentes que antes eram tidos como mero expectadores do jogo. No nosso entendimento, cabe incluir nesta lista de novos agentes os juízes, ao passo que, com sua autoridade jurídica, ao operarem o Direito, produzem, com certeza, efeitos nesse campo. O que se está a assistir é a redefinição dos limites do campo político, apesar da tendência do *habitus* – termo também alcinçado por Bourdieu, para designar o conjunto de disposições (atitudes e comportamentos) oriundas do meio familiar, escolar e de classe social (condições materiais) incorporadas e interiorizadas inconscientemente pelo indivíduo desde os primeiros anos de vida, que orientam sua conduta individual e social, sua visão de mundo e seu estilo de vida, de modo a fazê-lo interferir e contribuir para a (re)construção de seu espaço social – em assegurar a reprodução das relações sociais pela interiorização dos valores e normas sociais. Tal redefinição acontece a partir da “mudança de paradigmas”, vendo a questão tal como leciona Thomas Kuhn, para quem “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 13).

⁶⁹⁴ Cezar Saldanha Souza Júnior, por sua vez, considera que a evolução do princípio da separação de poderes foi determinada pela especialização institucional do Estado e pensamento político, de maneira que haveria seis grandes blocos exercentes de soberania: o chefe de Estado, o Parlamento, o Judiciário, o Governo, a Administração e o Tribunal Constitucional. Jean Bodin, John Locke, Montesquieu, Benjamin Constant, Max Weber e Hans Kelsen teriam sido os principais pensadores, cujas obras contribuíram para a nova classificação das funções políticas. Com a contribuição de Kelsen, deparar-se-ia com o “governamentalismo de Tribunal Constitucional”, que daria azo à hexapartição de poderes estatais (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 129-135).

competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos problemáticos”⁶⁹⁵, como no caso da inconstitucionalidade por omissão.

Esses critérios de solução seriam basicamente três: a) estrutura orgânica funcionalmente adequada; b) legitimação para decisão; e c) responsabilidade pela decisão⁶⁹⁶.

Se Nuno Piçarra denuncia a falência da tripartição clássica de poderes⁶⁹⁷, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estatais, e, sobretudo, o “progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas”, isso o faz por entender, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o caráter da lei foi mudado, desde que teorizada a separação de poderes, no século XVIII.

No Estado de Direito contemporâneo, a lei não seria mais aquela de outrora, geral e abstrata (“lei justiça”). O que a caracterizaria, longe de ser o seu conteúdo, seria a sua forma, seu processo de origem e a força jurídica de que dispõe⁶⁹⁸. Ela (a lei) teria deixado de ser apenas regra de Direito e passado a instrumento político por excelência:

Esta evolução do conceito de lei, de conceito essencialmente jurídico para conceito também essencialmente político traduz, com particular acuidade, as relações entre o jurídico e o político em tal

⁶⁹⁵ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 262.

⁶⁹⁶ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 262.

⁶⁹⁷ Para Paulo Bonavides, depois que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza, “o princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 146). Dalmo Dallari é do entendimento que, como a separação de poderes é um dogma, ninguém a nega, mas se buscam outros meios como alcançar eficiência, mantendo a aparência da separação de poderes. Por exemplo: delegação de poder (inclusive legislativo) e transferência constitucional de competências. Essas, ao seu ver, seriam soluções “artificiais, pois mantêm uma organização sem manterem o funcionamento que determinou sua criação” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222).

⁶⁹⁸ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 256.

Estado, totalmente diversas das relações entre ambos no modelo normativo do Estado de Direito liberal. É que, enquanto este procurou reduzir o político ao jurídico, **assiste-se actualmente a uma instrumentalização do jurídico pelo político. A lei tende, portanto, a tornar-se o acto típico da função política, a forma típica da decisão política, sem, todavia, (...) a tal ficar reduzida**⁶⁹⁹ (Grifos nossos)

Partindo do carácter dinâmico do sistema jurídico, Hans Kelsen percebe a decisão judicial como a continuação do processo de regulação do direito por ele mesmo. A esse processo de recriação constante chama “processo de individualização” e “concretização constante e crescente”⁷⁰⁰. Assim, a função do Judiciário seria sempre constitutiva:

Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um direito já existente. Ele não “busca” e “acha” apenas o direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento. Tanto ao estabelecer a presença das condições quanto ao estipular a sanção, **a decisão judicial tem um carácter constitutivo**. A decisão, é verdade, aplica uma norma geral preexistente na qual certa consequência é vinculada a certas condições. Mas **a existência das condições concretas em conexão com as consequências concretas é, no caso concreto, estabelecida, primeiro, pela decisão do tribunal**. As condições e consequências são relacionadas por decisões judiciais no domínio do concreto, assim como são relacionadas por estatutos e regras de direito consuetudinário no domínio do abstrato. **A norma individual da decisão judicial é a individualização e a concretização necessárias da norma geral e abstrata**.⁷⁰¹ (Grifos nossos)

Nessa linha de raciocínio, Hans Kelsen caracteriza tanto aquelas normas gerais e abstratas, emanadas do Legislativo, como as individuais e concretas, emanadas de decisão judicial, ambas como “normas jurídicas”. Por conseguinte, do ponto de vista de uma ordem jurídica dinâmica, o Judiciário, ao aplicar a norma, criaria direito.

⁶⁹⁹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 254-255.

⁷⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 263.

⁷⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

São essas as razões por que Hans Kelsen concluiu que “a doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional”⁷⁰².

Segundo Mauro Cappelletti, “(...) é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law-making*”⁷⁰³. Portanto, a criação do direito pelo Judiciário faz parte de todo processo interpretativo, devendo-se discutir apenas o grau dessa criatividade, assim como os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial⁷⁰⁴.

Como uma causa da intensificação da criatividade judicial, Mauro Cappelletti arrola a “revolta contra o formalismo”, desencadeado pela grande transformação do papel do Direito e do Estado⁷⁰⁵, que, ainda que tenha ganhado contornos diferentes nos vários ordenamentos, repelia, em todas as suas expressões, o que o formalismo visava reforçar: “(...) o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*”⁷⁰⁶.

O papel da magistratura foi alterado, consoante Cappelletti, tendo em vista a emergência do *welfare state* que privilegia os direitos sociais, forçando o Estado a superar suas funções tradicionais, de “proteção” e “repressão”:

⁷⁰² “Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada. Esse é o processo por meio do qual o Direito ou, o que redunde no mesmo, o Estado, se regenera continuamente” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 369).

⁷⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 24-25. Para este autor, “na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade”, porque o intérprete precisa fazer escolhas que preencham lacunas, precisem nuances e esclareçam ambiguidades. “(...) o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 20 e 22).

⁷⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21 e 25.

⁷⁰⁵ Tornado agora, “Sociedade do Bem-Estar”.

⁷⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 32, 34-35.

O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “night watchman”; ao contrário, o estado social – o *État providence*, (...) deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional.⁷⁰⁷

Mas, conquanto legislação e jurisdição constituam ambos processos de criação do direito⁷⁰⁸, elas são distintas por conta da sua frequência ou quantidade (grau), o modo de criação do direito por meio dos processos legislativo e jurisdicional é que são diferentes. Por isso, os juízes não são legisladores, eles simplesmente “criam o direito” por meio da interpretação⁷⁰⁹.

Mauro Cappelletti compreende o conceito de “interpretação” com o refinamento que Gadamer providenciou: “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana”⁷¹⁰.

Dessa maneira, não existe norma jurídica que permita ser aplicada sem interpretação⁷¹¹. Isso se dá, segundo Sérgio Nojiri, em razão de a aplicação pressupor “uma prévia interpretação normativa diretamente vinculada a uma situação fática, nela prevista. A criação jurídica resulta, assim, da conjunção de uma hipótese normativa aplicada a um evento social”⁷¹². Assim, no que interpreta

⁷⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 41.

⁷⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 26-27.

⁷⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 74.

⁷¹⁰ Por exemplo, a literatura, a música, as artes visuais e a filosofia (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21). Vide Hans-Georg Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 498 e ss.). E, em sentido semelhante, Paulo Bonavides, para quem, elevando-se ao máximo grau os valores da pessoa humana, ter-se-ia o “juiz social”, que “incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 602).

⁷¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 398. NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 142.

⁷¹² NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143.

as normas, o juiz funciona como ator do processo de criação do direito e não só do de sua aplicação.

Citando Manuel Segura Ortega, Sérgio Nojiri consigna que:

Aquele que vai decidir tem que estabelecer o sentido ou o significado da norma ou normas que aplicará, isso é, tem que realizar um labor interpretativo. A interpretação consiste em atribuir sentido ou significado a algo, mas precisamente por isso, implica necessariamente a adição de algo novo ao interpretado. **O intérprete não é um mero executor**, da mesma forma que o músico ou o ator que cria sua própria obra; **não se limita, portanto, a reproduzir o que já está nas normas gerais, mas a acrescentar sempre algo novo que pertence a sua própria produção**. Ademais, há que se levar em consideração que não se trata tão-somente de interpretar normas, mas também fatos que o juiz não presenciou e que só conhece de uma maneira indireta. Pois bem, **também aos fatos há que assinalar um significado, um sentido**.⁷¹³ (Grifos nossos)

Portanto, o que confere ao juiz sua legitimidade em participar da etapa de criação do direito é o fato de ele ter alçado o posto de “mestre da linguagem” (“maître du langage”), não continuando apenas como “boca da lei” (“bouche de la loi”), como o enxergava Montesquieu⁷¹⁴.

É bem verdade que, se, algumas vezes, o juiz cria interpretando a norma geral e abstrata, imprimindo significado a norma individual e concreta que dela derive, está simplesmente a realizar a norma⁷¹⁵, outras vezes, no entanto,

⁷¹³ NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143-144.

⁷¹⁴ “Houve épocas (...) em que se tinha a função judicial como meramente aplicadora do direito posto pelo legislador. (...) Clareza, certeza, completude, tudo isso tornava supérflua a interpretação judicial, e reduzia a função jurisdicional à aplicação da generalidade da lei – postulado político-liberal – aos casos concretos que viessem ao juiz como litígios” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 360). Nesse momento, a tese política decorrente era a da supremacia do Legislativo, representante imediato da nação e redução do juiz à posição subordinada de aplicação da vontade geral, válida como vontade da nação.

⁷¹⁵ “Criação no sentido fraco”, segundo os termos de Sérgio Nojiri (NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 145) ou mera “produção” do direito, nas palavras de Eros Grau (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60). Ele cria ao passo que sua atividade não é meramente intelectual, mas também volitiva (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 168-169). “Julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juízes, muito embora eles, os juízes, se não elaboram o direito, colaboram na sua produção” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 359).

extrapola o texto legal ou desconsidera a vontade declarada do legislador⁷¹⁶, deixando que sua vontade política ou ideológica prevaleça⁷¹⁷, atribuindo sentido inovador a texto de lei que não guarda correlação entre a literalidade do enunciado legal ou a vontade do legislador com a decisão produzida.

De uma ou de outra forma, ainda que não seja o juiz meramente “a boca que pronuncia as palavras da lei”, “sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade”⁷¹⁸. É a legalidade que ata o intérprete e o limita. “Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto”⁷¹⁹.

A validade da lei já não está em si própria mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objectivos e os princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que **a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em última instância, ao legislador, mas aos tribunais** (nomeadamente ao tribunal constitucional), **os quais justamente nessa tarefa encontram o limite do seu poder.**⁷²⁰ (Grifos nossos)

Assim, pode-se dizer que o Judiciário será o legítimo “contrapoder” do legislador na medida em que se confinar ao controle exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis⁷²¹, a partir da interpretação dos textos legais e da

⁷¹⁶ O perigo de o juiz se converter em “juiz-legislador” (“um co-legislador equiparado ao legislador”), seguindo Lourival Vilanova, seria uma tendência do pensamento contemporâneo e se daria em razão do “pluralismo inquieto de fontes do direito”. Ao ver deste autor, o direito ambientado no século das transformações rápidas seria um direito social “feito de conceitos dóceis, elásticos, que permitam preencher o eventual vazio normativo, ou ampliar analogicamente (...) os preceitos, um direito sem tipos rígidos, ou acolhendo prodigamente o atípico” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 364).

⁷¹⁷ “Criação no sentido forte” ou “criação” em si, nas palavras de Sérgio Nojiri e Eros Grau, respectivamente.

⁷¹⁸ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

⁷¹⁹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52.

⁷²⁰ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

⁷²¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

Constituição, em trabalho cujo caráter é irrecusavelmente político⁷²², afinal, “mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo constituinte originário”⁷²³.

Ao contrário, não está, de modo algum, legitimado a “erigir-se em contralegislador ou em substituto do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa”⁷²⁴.

2.3 A OMISSÃO NORMATIVA INCONSTITUCIONAL

“Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social”⁷²⁵. Em não o fazendo, o órgão incumbido⁷²⁶ – de acordo com a separação de poderes – de guardar o principal instrumento de atuação e limitação do poder (a Constituição) reprovava essa inação, qualificando-a como “omissão inconstitucional”⁷²⁷.

⁷²² “(...) admitir que sejam insusceptíveis de apreciação judiciária as questões políticas é admitir que ocorram no interior do ordenamento positivo fatos políticos sem qualificação jurídica alguma” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 395).

⁷²³ “Atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. (...) Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-se-lhes exorbitâncias, no declarar seus atos impossíveis em face da Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos ocorrentes” (VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 391).

⁷²⁴ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

⁷²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1159. Cármen Lúcia Antunes Rocha diz que “(...) a questão maior do Direito é a de dar aplicação plena e efetiva às leis. (...) O Direito Brasileiro foi, desde os seus primeiros passos históricos, rico de leis e parco de eficácia” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte/MG: Editora Lê, 1991, p. 202).

⁷²⁶ No Brasil, nos EUA e na maioria dos países do continente americano, essa incumbência pertence ao órgão de cúpula do Poder Judiciário; em vários países europeus, há um Tribunal Constitucional à parte da estrutura do Judiciário, responsável pela jurisdição constitucional.

⁷²⁷ “Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 179).

Com a Constituição Federal de 1988, foram previstos dois mecanismos por meio dos quais é possível exigir judicialmente a ação do Legislativo quando este retardar em cumprir as tarefas que lhe foram atribuídas constitucionalmente. É que “transita a mesma e louvável ideia de que os direitos constitucionais não devem, por falta de atos normativos que os inviabilizem, permanecer no plano das aspirações irrealizadas”⁷²⁸.

2.3.1 Ação direta de inconstitucional por omissão⁷²⁹

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO é o instrumento por meio do qual se obtém a declaração judicial – pelo Supremo Tribunal Federal⁷³⁰ – de inconstitucionalidade por omissão. Ela está prevista no artigo 103 da Constituição, nos seguintes termos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A ADO é destinada a tornar efetivas as regras constitucionais insertas na Constituição Federal, que é repleta de normas constitucionais não dotadas de plena aplicabilidade. Ela é instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, responsável pela tutela de direito objetivo, para tornar efetiva norma constitucional e não direito constitucional, quer dizer, para suprir lacunas constitucionais da ordem constitucional⁷³¹.

⁷²⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo, 1993, p. 218.

⁷²⁹ “O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão é traço crônico da experiência constitucional brasileira, marcada que é pelo desencontro entre norma e realidade” (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 231).

⁷³⁰ Faz parte do rol de atribuições do Supremo processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (cf. art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988).

⁷³¹ Flávia Piovesan enxerga a ADO como “fator de estabilização da ordem constitucional e, especialmente, do Estado Social que ela buscou estabelecer e resguardar” (PIOVESAN, Flávia

O seu objeto é a “mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”⁷³², tanto omissão legislativa federal ou estadual⁷³³ quanto omissões administrativas que atentem contra a efetividade da Constituição.

A posição do Supremo Tribunal Federal, externada em julgamento ocorrido em 2.5.2002, deixava claro o entendimento da Corte no sentido de que, desencadeado o processo legislativo, não havia que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador⁷³⁴. Outro foi o entendimento que prevaleceu, no entanto, no julgamento da ADI n. 3.682, passando o Tribunal a considerar admissível a ADO mesmo depois de iniciado o processo legislativo, em caso de *inertia deliberandi* das Casas Legislativas⁷³⁵.

C. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 97 e 101).

⁷³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1157.

⁷³³ Também contra omissão legislativa estadual, por força da determinação constitucional de que o STF julgue ação direta de inconstitucionalidade por ação em caso que tal (art. 102, I, “a”).

⁷³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.495**. Relator ministro Ilmar Galvão, julgada em 2.5.2002, DJ de 2.8.2002. Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Art. 37, X, da Constituição Federal (Redação da EC n.º 19, de 4 de junho de 1998). Estado de Santa Catarina. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada.”

⁷³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.682**, Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 9.5.2007, DJ de 6.9.2007. Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Inatividade do Legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996. Ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do

No que toca ao rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por força da Lei n. 12.063/2009, ele é idêntico ao da ação direta de inconstitucionalidade⁷³⁶ e ao da ação declaratória de constitucionalidade⁷³⁷, abrangendo pessoas políticas⁷³⁸, como também entes representativos da sociedade civil⁷³⁹, todos funcionando como “verdadeiros fiscais da Constituição”, nos dizeres de Flávia Piovesan⁷⁴⁰, “Advogados do Interesse Público”⁷⁴¹, como o denominam Gilmar Mendes, ou, para usar expressão de Kelsen, “defensor da Constituição”⁷⁴².

A propósito, a Lei n. 12.063/2009, promulgada 21 anos depois da Constituição Federal de 1988, criou disciplina normativa própria à ação direta de

dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.”

⁷³⁶ Até antes da Constituição de 1988, o único legitimado a propor representação de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República. Kelsen, no início do século XX, já advogava pela legitimidade dos governos dos estados federados para propor pedido de anulação de lei federal e do governo central para contrapor-se a leis estaduais. Isso porque, ao seu ver, “(...) o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo características das Constituições federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados” (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175).

⁷³⁷ A propósito, Gilmar Mendes registra que o constituinte português de 1976 tratou de forma diversa os processos de controle abstrato da ação e da omissão, também no que atine ao direito de propositura. Em Portugal, o rol de legitimados para propor processo de controle abstrato de normas é bem ampliado com relação ao do processo de controle abstrato de omissão, que só pode ser instaurado a requerimento do Presidente da República ou do Provedor de Justiça (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1156-1157).

⁷³⁸ Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Presidente da República, Mesa da Assembleia Legislativa e governador de Estado.

⁷³⁹ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional. E, na opinião de Flávia Piovesan, o elenco do art. 103 deveria abranger também a iniciativa popular (PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 99).

⁷⁴⁰ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 101.

⁷⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1156.

⁷⁴² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

inconstitucionalidade por omissão⁷⁴³, acrescentando o Capítulo II-A à Lei n. 9.868/1999, que era silente a respeito do tema.

O assunto passou a ser tratado em três Seções, que estabelecem: a) os requisitos de admissibilidade e o procedimento da ação (seção I); b) as regras atinentes à medida cautelar (seção II); e c) a decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (seção III).

Quanto aos efeitos da decisão tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a teor do parágrafo 2º do dispositivo constitucional que prevê a ADO, se a omissão for atribuível a órgão administrativo, isso importaria em que o órgão omisso teria trinta dias para sanar a inconstitucionalidade sob pena de responsabilização⁷⁴⁴.

Em se tratando de mora legislativa, segundo o mesmo fundamento constitucional, deve o Judiciário providenciar a ciência de sua decisão ao Legislativo, para que este tomasse as medidas necessárias a sanar a inconstitucionalidade, de modo a conferir eficácia ao preceito constitucional violado.

Segundo Flávia Piovesan, o constituinte originário não previu sanção direta ao órgão ou agente que promulgou ato inconstitucional, “(...) porquanto esta providência não o retira do ordenamento jurídico”. O que importa, ao seu ver, na sistemática de controle, “(...) é declarar a inconstitucionalidade da norma violadora

⁷⁴³ A partir de então, o tema passa a ter contorno legal e não só doutrinário e jurisprudencial. A Lei n. 12.063/2009 cuida de elenco de legitimados a propor ADO, requisitos da petição inicial, medida cautelar em ADO e, quanto à decisão final, fala de quórum de julgamento, comunicações e publicação, da irrecorribilidade da decisão (cabível apenas embargos declaratórios), como também que esta decisão será dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal. Embora inexistente a previsão expressa quanto à admissão de *amici curiae* e à realização de audiências públicas, entende-se que esses “são mecanismos possíveis de serem manejados à luz do art. 12-E c/c arts. 7º, § 2º, e 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99” (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 233).

⁷⁴⁴ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

da Constituição, afastando-a do sistema jurídico, em prol da suprema constitucional⁷⁴⁵.

(...) a preocupação maior do controle não é atentar propriamente aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades, mas, sim, efetivamente eliminá-las, de modo a assegurar a prevalência e o cumprimento da Constituição.

(...) No âmbito do controle de constitucionalidade, a grande missão do Poder Judiciário é afastar, com a máxima eficiência, a violação à Constituição. O que se torna inconcebível é ser condescendente com a violação à Carta suprema. Trata-se de questão a que não se pode transigir.

Se esta é a tônica da sistemática de controle da constitucionalidade, retornando à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, há de se aplicar idêntico raciocínio. **Compartilhando da lógica do controle, o objetivo da ação há de ser afastar a violação à Constituição. Controlar a constitucionalidade significa impedir a subsistência de inconstitucionalidade. Isso significa que, de alguma forma, a inconstitucionalidade por omissão deve ser banida, porque atentatória à Constituição.**⁷⁴⁶

Cabe ao Supremo Tribunal Federal afastar a subsistência da inconstitucionalidade por omissão que afronte a ordem jurídica. Ocorre que a simples ciência do Legislativo quanto à omissão em que incorre, não vinha se relevando suficiente para efetivar as normas constitucionais.

2.3.2 Mandado de injunção

O mandato de injunção⁷⁴⁷ é garantia que “dá movimento à norma constitucional mantida em seu estado inercial por ausência de norma

⁷⁴⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 104-105. Em outros termos, “Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1155-1156).

⁷⁴⁶ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 107-108 (Grifos nossos).

⁷⁴⁷ Cármen Lúcia Antunes Rocha dá notícia de que o Mandado de Injunção é oriundo da Inglaterra, “onde, desde fins do séc. XIV, foi utilizado pelas Cortes como juízo de equidade” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte/MG: Editora Lê, 1991, p. 203).

regulamentadora (...) que possibilitasse eficazmente a sua aplicação”⁷⁴⁸. Está prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A “concessão da injunção está condicionada à uma relação jurídica de causa e efeito”⁷⁴⁹, que envolva direito subjetivo do impetrante. Ou seja, é preciso restar configurado o nexo de causalidade entre a falta da norma regulamentadora e a inviabilização do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁷⁵⁰.

Por “norma regulamentadora”, Flávia Piovesan compreende, a partir da leitura do artigo 103, § 2º, que alude à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que a expressão queira dizer o mesmo que “omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional”. Dessa forma, concebe que a expressão

⁷⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte/MG: Editora Lê, 1991, p. 204.

⁷⁴⁹ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 117.

⁷⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI n. 81**. Relator ministro Celso de Mello, julgada em 20.4.1990, DJ de 25.5.1990. Ementa: “Mandado de Injunção – Situação de lacuna técnica – Pressuposto essencial de sua admissibilidade – Pretendida majoração de vencimentos devidos a servidores públicos – Alteração de lei já existente - Inviabilidade – Agravo Regimental improvido. A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica - que se traduz na existência de um nexo causal entre o vacuum juris e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania - constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988. O mandado de injunção não constitui, dada a sua precípua função jurídico-processual, sucedâneo de ação judicial que objetive, mediante alteração de lei já existente, a majoração de vencimentos devidos a servidores públicos. Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor.”

deve ser entendida abrangentemente, para abarcar leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos⁷⁵¹.

Já o objeto do mandado de injunção, segundo o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ele pode ser: a) todo e qualquer direito e liberdade constitucional; e b) toda e qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nos casos em que estejam inviabilizados por falta de norma que o regule.

Flávia Piovesan apresenta três correntes doutrinárias que intentam delimitar o objeto do mandado de injunção. A primeira, restritiva, que sustenta que os “direitos e liberdades constitucionais” a que se refere a parte final do inciso retromencionado restringem-se apenas à nacionalidade, à soberania e à cidadania; a segunda corrente, assevera que os referidos “direitos e liberdades constitucionais” correspondem aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto; e a terceira e última corrente, advoga que, com “direitos e liberdades constitucionais”, o constituinte originário quis abranger quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas previstos em qualquer dispositivo da Constituição, afinal no texto inexistia qualquer restrição⁷⁵².

O mandado de injunção, como garantia fundamental que é, é auto-aplicável, em razão do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais⁷⁵³. Nele se processa a fiscalização concreta

⁷⁵¹ Para a autora, esta é a leitura mais consentânea com o teor dos artigos 102, I, “q”, e 105, I, “h”, ambos da Constituição Federal, que prevêm o mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, respectivamente (PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 118-119). Quanto à hipótese de cabimento de mandado de injunção em caso de omissão legislativa parcial, Flávia Piovesan defende o seu cabimento quando se tratar de afronta ao princípio da isonomia – “o que ocorre ante a exclusão legal de benefício”. Vislumbra aqui que a norma regulamentadora inconstitucional é equiparável à ausência de norma regulamentadora, “pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição” (PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 120).

⁷⁵² PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 122-123.

⁷⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI-QO n. 107**. Relator ministro Moreira Alves, julgado em 23.11.1989, DJ de 21.9.1990. Ementa: “Mandado de Injunção. Questão de Ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não – em face dos textos da Constituição Federal relativos ao

da inconstitucionalidade por omissão, com vistas a tornar viável o exercício de um direito.

Ele (o mandado de injunção) pode ser manejado por toda e qualquer pessoa⁷⁵⁴, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista cuidar de garantia constitucional inserta no artigo 5º da Constituição Federal.

O julgamento do mandado de injunção, cujos efeitos atingem só as partes, é da competência do órgão ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora⁷⁵⁵, o que não tem a ver com a legitimidade passiva – o mandado de injunção é cabível tanto nas relações de natureza pública quanto nas relações privadas⁷⁵⁶.

Vale ressaltar que, no julgamento dos Mandados de Injunção – MIs ns. 670⁷⁵⁷ e 708⁷⁵⁸, o Supremo Tribunal Federal distanciou-se da orientação que

mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, i, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe e analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.”

⁷⁵⁴ “Ao indivíduo entregou-se, pois, com o Mandado de Injunção via judicial própria a lhe permitir não se contentar em ver desvalido direito que a Constituição lhe declarou ou concedeu, mas que requer o provimento de elementos que o integrem para a sua plena e imediata aplicação” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte/MG: Editora Lê, 1991, p. 205).

⁷⁵⁵ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128.

⁷⁵⁶ Por exemplo, quando envolve direitos dos trabalhadores previstos no artigo 7º do texto constitucional.

⁷⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI n. 670**. Impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo em 17.5.2002. Relator ministro Maurício Corrêa, Relator para o Acórdão ministro Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, DJ de 30.10.2008. Ementa: “Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do Mandado de Injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O mandado de injunção e o direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). 3. Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo Plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a

de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o). 4. Direito de greve dos servidores públicos civis. Regulamentação da lei de greve dos trabalhadores em geral (lei no 7.783/1989). Fixação de parâmetros de controle judicial do exercício do direito de greve pelo legislador infraconstitucional. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus). 5. O processamento e o julgamento de eventuais dissídios de greve que envolvam servidores públicos civis devem obedecer ao modelo de competências e atribuições aplicável aos trabalhadores em geral (celetistas), nos termos da regulamentação da lei no 7.783/1989. A aplicação complementar da lei no 7.701/1988 visa à judicialização dos conflitos que envolvam os servidores públicos civis no contexto do atendimento de atividades relacionadas a necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem "em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (lei no 7.783/1989, parágrafo único, art. 11). 5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel.

Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004). 5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. 6. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, vii, da cf. Fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais

era firme naquela Corte, no sentido de a concessão da injunção limitar-se à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Desde então, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória da matéria pelo próprio Judiciário.

2.4 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Neste capítulo, buscaram-se os critérios que pautam a atividade interpretativa dos magistrados. Conhecendo as descrições de Hans Kelsen, Alf Ross e Eros a respeito de como decidem os juízes e as formulações de Chaïm Perelman e Inocêncio Mártires Coelho, que buscam impor limites ao labor hermenêutico dos magistrados, concluiu-se que, desde a Teoria Pura do Direito de Kelsen, se reconhece que a decisão judicial é fruto em parte de ato cognitivo do juiz, mas também, noutra parte, de ato volitivo.

Alf Ross, partindo dessa premissa, desenvolveu-a, dando-lhe uma perspectiva da linguística. Assim, pôde precisar as etapas do processo interpretativo (texto – atribuição de significados aos signos linguísticos – interpretação em si). Revelou, ainda, que os juízes, a partir de sua consciência jurídica material, perseguem a decisão correta, justa e socialmente desejável.

Eros Grau, também partindo da premissa kelseniana, avançou no tema ao formular que a “moldura interpretativa” de Hans Kelsen deve ser a

mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.”

⁷⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI n. 708**. Impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa em 3.8.2004. Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, DJ de 30.10.2008. Ementa: idem nota de rodapé n. 757.

moldura não só do texto de lei mas inclusive dos fatos, pois ambos carregam parcela de decisão dos magistrados na sua significação. A interpretação do direito seria a mediação entre norma geral abstrata e fatos do caso concreto, com vistas a atualizar o Direito.

E, a fim de controlar os voluntarismos dos juízes, tem-se pensado em condições gerais que delimitem a sua atividade interpretativa. Segundo Eros Grau, a interpretação deveria seguir a pauta da prudência, sempre considerando o direito como um todo, a finalidade do direito e os seus princípios, implícitos e explícitos.

Consoante Savigny, o intérprete deve interpretar histórica e sistematicamente o texto legal, buscando intuir o instituto jurídico, reconstituindo “artificialmente o pensamento do legislador”, com vistas a alcançar, inclusive o fim especial da lei, sempre que houvesse indeterminação nas expressões do texto normativo.

Para Inocêncio Mártires Coelho, a legitimidade da atividade hermenêutica exercida pelos juízes poderia ser aferida a partir de “critérios de verdade”, a saber, a “consciência jurídica geral” e o “devido processo legal”.

Já Chaïm Perelman, que resgata as lições da retórica aristotélica para a compreensão da “lógica dos juízos de valor”, por outro lado, recomenda que o juiz subordine-se ao legislador atual e motive sua decisão, de forma a convencer a três auditórios: as partes em litígio, os demais juristas e a opinião pública.

Quanto à Teoria de Separação de Poderes, na conformação que lhe deu a atual Constituição Federal, vê-se que ocorre muitas vezes de ela possibilitar que um poder exerça controle sobre a atividade confiada a outro, por exemplo pode o Judiciário fiscalizar a regularidade constitucional das leis de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais.

Vislumbra-se, ainda, que, com a reformulação da mencionada Teoria, o papel do Judiciário foi transformado de “boca da lei” em “mestre da linguagem”. Dessa feita, o que delimita a atuação dos juízes na sua atividade

interpretativa não reside na Teoria de Separação de Poderes em si⁷⁵⁹, mas nas condicionantes do princípio da legalidade.

Observa-se, por fim, que, se não há norma sem interpretação, nem há interpretação sem criação (no sentido positivo do termo), uma vez que incumbe ao Supremo Tribunal Federal julgar ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, tendo em vista o perfil do princípio da separação de poderes internalizado no Brasil pela Constituição de 1988, naturalmente pode “produzir”⁷⁶⁰ direito, contanto que se pautar pelos limites impostos pela hermenêutica jurídica.

⁷⁵⁹ A não ser nos critérios de solução de delimitação de competências sobre o qual Nuno Piçarra discorre.

⁷⁶⁰ No sentido que Eros Grau atribui ao termo “produção”.

3 O FEDERALISMO NA PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo, reserva-se tratar, primeiro, de qual significado o Supremo Tribunal Federal – STF vinha dando aos termos “federação”, “federalismo” e “princípio federativo”, desde a promulgação da Constituição Federal, em 5.10.1988, até a data do julgamento objeto deste trabalho, em 24.2.2010. Depois, cuidaremos de conhecer a dinâmica do Fundo de Participação dos Estados e de tratar de sua relação com o atual sistema federativo brasileiro, de maneira a verificar sua condição de pertinência.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO FEDERALISMO

Uma das primeiras oportunidades em que a Corte pôde refletir sobre a postura que deveria adotar no tocante ao Federalismo albergado pela Constituição de 1988⁷⁶¹ foi no julgamento da **ADI-MC n. 216**⁷⁶². No caso, a ADI foi

⁷⁶¹ Nesse julgado, o ministro Paulo Brossard relatou o quão antiga é a ideia federativa no nosso país, anterior mesmo à Constituição de 1891. Apresentando dados históricos, concluiu no sentido de que “não existe um padrão único de federação, um modelo invariável acima do tempo e do espaço, mas existem experiências federativas”. Com isso, conclamava seus pares a que reformulassem seus conceitos sobre o federalismo brasileiro, agora calcado noutra lógica, a da Constituição de 1988.

⁷⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 216**. Proposta pelo governador do Estado da Paraíba. Relator ministro Célio Borja, Relator para o acórdão ministro Celso de Mello, julgada em 23.5.1990, DJ de 7.5.1993. Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade - constituição estadual - processo legislativo - a questão da observância compulsoria, ou não, de seus princípios, pelos estados-membros - nova concepção de federalismo consagrada na constituição de 1988 - perfil da federação brasileira - extensão do poder constituinte dos estados-membros - relevo jurídico do tema - suspensão liminar deferida. O perfil da federação brasileira, redefinido pela constituição de 1988, embora aclamado por atribuir maior grau de autonomia dos estados-membros, e visto com reserva por alguns doutrinadores, que consideram persistir no Brasil um federalismo ainda afetado por excessiva centralização espacial do poder em torno da união federal. Se é certo que a nova carta política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é topica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação - até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem - impõe-se realizar. A questão da necessária observância, ou não, pelos estados-membros, das normas e princípios inerentes ao processo legislativo, provoca a discussão sobre o alcance do poder jurídico da união federal de impor, ou não, as demais pessoas estatais que integram a estrutura da federação, o respeito incondicional a padrões heterônomos por ela própria instituídos como

ajuizada pelo governador da Paraíba, alegando a inconstitucionalidade do preceito que não guardava simetria com a Constituição Federal⁷⁶³ ao oferecer novo tratamento ao adicional por tempo de serviço devido aos servidores públicos civis daquele Estado⁷⁶⁴.

Na oportunidade, o Tribunal delimitou que a *quaestio juris* a solver perpassava por se reconhecer o caráter dialético do federalismo – em que dois movimentos se antagonizam: o de centralização e o de descentralização – e por decidir qual desses movimentos e em qual medida deveria prevalecer no caso concreto. A liminar foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal, para suspender, até que adviesse decisão firme do STF a respeito, a vigência dos atos impugnados perante a Corte⁷⁶⁵.

Uma semana depois de tomar a decisão liminar retrodescrita, o Tribunal pronunciou-se novamente sobre o tema “federalismo” e o caráter

fatores de compulsoria aplicação. Esse tema, que se revela essencial a organização político-administrativa do estado brasileiro, ainda não foi decidido pelo supremo tribunal federal. Da resolução dessa questão central, emergira a definição do modelo de federação a ser efetivamente observado nas praticas institucionais. Enquanto não sobrevier esse pronunciamento, impõe-se, como medida de cautela, a suspensão liminar de preceitos inscritos em constituições estaduais, que não hajam observado os padrões jurídicos federais, de extração constitucional, concernentes ao processo legislativo.”

⁷⁶³ Entendia que a gradação de adicional, variando de 5% a 7% a cada quinquênio, alcançando 77% de aumento na remuneração do servidor estadual atentava contra a moralidade e que a contagem de tempo de serviço prestado a entidades privadas surtindo efeitos para fins de aposentadoria e disponibilidade não guardava simetria com o disposto no artigo 40, § 3º, da Constituição Federal (Que dispunha: “Art. 40. O servidor será aposentado: (...) § 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade).

⁷⁶⁴ Assim dispõe os textos normativos da Constituição estadual paraibana ora atacados: “Art. 33. São direitos dos servidores públicos civis: (...) XVIII – adicional por tempo de serviço pago, automaticamente, pelos sete quinquênios em que se desdobrar, à razão de cinco por cento pelo primeiro; sete por cento pelo segundo, nove por cento pelo terceiro; onze por cento pelo quarto; treze por cento pelo quinto; quinze por cento pelo sexto e dezessete por cento pelo sétimo, incidentes sobre a retribuição por remuneração do beneficiário, não se admitindo a computação de qualquer deles na base de cálculo dos subsequentes, sendo este dinheiro extensivo ao funcionário investido em mandato legislativo estadual. Art. 34. O servidor será aposentado: (...) § 2º. Será computado, integralmente, para todos os efeitos em favor do servidor público, o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, bem como o prestado a entidades privadas, comprovado o vínculo empregatício, e mesmo o tempo de trabalho autônomo, desde que comprovado o pagamento das contribuições previdenciárias.”

⁷⁶⁵ Ocorre que essa ação direta jamais foi julgada no mérito, por conta da perda superveniente de seu objeto, declarada pelo ministro Luiz Fux em 17.4.2012, em razão de nova redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 18/2003 aos artigos 33, inc. XVIII, e 34, § 2º, da Constituição da Paraíba.

supostamente limitado do poder constituinte dos Estados-Membros frente à Constituição Federal⁷⁶⁶, desta vez no bojo da **ADI-MC n. 276**⁷⁶⁷.

O caso tocava dispositivo da Constituição alagoana que cuidava do direito dos servidores civis e militares daquele Estado de gozarem de licença especial de três meses ao fim de cada quinquênio de efetivo exercício do cargo público permanente, “facultada a opção pela conversão em abono pecuniário ou pela contagem dobrada do período não gozado, para fins de aposentadoria e adicionais por tempo de serviço”⁷⁶⁸.

Neste julgamento, o STF definiu o “federalismo” como “um processo político-jurídico, revestido de caráter dialético” que “decorre de dois movimentos que se antagonizam: a tendência à unidade ou à centralização, que se rege pelo princípio unitário, e a tendência à pluralidade, ou à descentralização, que se funda

⁷⁶⁶ Vejamos: “a necessária subordinação ao modelo normativo inscrito na Constituição Federal tornaria compulsória a observância de determinados princípios – no caso específico, aqueles inerentes ao processo legislativo” (**ADI-MC n. 276**, voto do ministro Relator Celso de Mello, fl. 12). Assim, se colocou em discussão “o alcance do poder da União Federal de impor, à observância das demais pessoas estatais que integram a estrutura da Federação, o respeito incondicional a padrões heterônomos, por ela instituídos como fatores de compulsória aplicação” (**ADI-MC n. 276**, voto do ministro Relator Celso de Mello, fl. 18).

⁷⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 276**. Proposta pelo governador do Estado de Alagoas. Relator ministro Celso de Mello, julgada em 30.5.1990, DJ de 17.8.1990. Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade - Constituição estadual - Processo legislativo - A questão de sua observância compulsoria pelos estados-membros - Tema ainda não definido pelo Supremo Tribunal Federal - Precedente (ADIN-216-PB) - Extensão do poder constituinte decorrente - Relevância jurídica da matéria - Periculum in mora - Suspensão cautelar deferida. O Supremo Tribunal Federal ainda não definiu, sob o regime da vigente ordem constitucional, se os princípios que informam o processo legislativo impõem-se aos Estados-membros como padrões jurídicos de compulsoria observância. O tema da autonomia das unidades federadas, suscitado na perspectiva da nova concepção de federalismo consagrada pela vigente Carta Política, foi, no entanto, considerado de extremo relevo jurídico pelo STF (ADIN-216-pb). A autonomia dos estados-membros constitui um dos elementos essenciais a própria conceptualização do Estado Federal, cujo tipo histórico, variável na evolução do constitucionalismo brasileiro - federalismo dual ou dualista (CF 1891), federalismo de cooperação (CF 1934), federalismo de integração (Carta de 67) - enseja abordagens variadas, quer a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada (federalismo de equilíbrio e federalismo hegemônico), quer de proclamações doutrinárias, tais como as que preconizam o federalismo das regiões. Impõe-se a suspensão cautelar de regras inscritas em constituições estaduais, cujo conteúdo normativo esteja em aparente desarmonia com o modelo federal atinente ao processo legislativo, até que a Suprema Corte defina a extensão e o alcance do poder constituinte dos Estados-membros.”

⁷⁶⁸ “Art. 49 - São direitos comuns assegurados aos servidores da Administração direta, civis e militares, Autárquica ou Fundacional Pública: (...) IX – licença especial, com duração correspondente a três meses ao fim de cada quinquênio de efetivo exercício do cargo Público permanente, facultada a opção pela conversão em abono pecuniário ou pela contagem dobrada do período não gozado, para fins de aposentadoria e adicionais por tempo de serviço; (...).”

no princípio federativo”⁷⁶⁹. Dessa feita, externou compreender, nesse primeiro momento, o “princípio federativo” de maneira restrita, apenas como um princípio antagônico ao “princípio unitário”⁷⁷⁰.

Já o conceito de “Federação”, o Tribunal o definiu ainda em 1992, quando do julgamento da **Rcl n. 370**⁷⁷¹, em que fica patente que o STF assimilava a conceituação de Hans Kelsen para o termo, para quem a Federação (a União) é a “comunidade jurídica central”, distinta do “Estado federal total”, que resultaria da soma da Federação e das “comunidades jurídicas locais”. Vejamos:

O ponto mais original da observação de Kelsen (Teoria Geral, p. 320) – e que me parece de procedência translúcida – está, assim, em que “o Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais” – todas elas, tanto a central quanto as locais, portanto, constituídas por ordens parciais: aí o confronto com a teoria tradicional, que “identifica, erroneamente, a federação” (para nós, a União) “com o Estado federal total”.⁷⁷²

Em sede de reclamação, o STF foi levado a decidir qual órgão jurisdicional, se o Tribunal de Justiça estadual ou se o Supremo Tribunal Federal, detinha competência para o julgamento de ação direta que fosse proposta em face das leis estaduais mato grossenses que dispunham sobre pensão parlamentar⁷⁷³.

Considerando, com apoio em Hans Kelsen, que a Constituição Federal abarca “matéria da Constituição total do Estado Federal”, como também “matéria própria da constituição particular da União”, aquela de “absorção

⁷⁶⁹ **ADI-MC n. 276**, voto do ministro Relator Celso de Mello, fl. 18.

⁷⁷⁰ Sete anos mais tarde, o mérito da ação foi julgado procedente, à unanimidade, por ter o Tribunal entendido que a constitucionalização de preceito como este impugnado por meio da ADI n. 276 podia ser “identificada como fraude à iniciativa do governador” (ADI n. 276, voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 26). Assim, vê-se que, no julgamento de mérito, não foi repensado o modelo federal brasileiro.

⁷⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl n. 370**. Ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso e Fundo de Assistência Parlamentar. Relator ministro Octavio Gallotti, julgada em 9.4.1992, DJ de 29.6.2001. Ementa: “Arguição da inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante invocação da Carta local, mas também em contraste com preceitos e princípios da Constituição Federal. Controvérsia acerca da competência para o julgamento da correspondente ação direta. Reclamação tida como procedente, por julgamento concluído em 9 de abril de 1992”.

⁷⁷² Item 23 do voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 59.

⁷⁷³ A Lei estadual n. 4.675, de 9.5.1984, e a de n. 5.672, de 19.11.1990.

compulsória” pelos Estados-membros do Estado Federal, reconheceu-se remanescer ao STF, Tribunal da Federação, a competência para julgar ação direta contra lei municipal no caso de a norma da Constituição estadual supostamente infringida ter meramente reproduzido norma constitucional federal.

E, conquanto tenha sido diversa a conclusão da Corte em caso similar, o da **Rcl n. 383**⁷⁷⁴, julgada apenas dois meses depois daquela Rcl n. 370⁷⁷⁵, o que se percebe da leitura do acórdão da Rcl n. 383 é que o Tribunal sempre que se referia à “Federação” apontava para a União enquanto ordem jurídica parcial, não para o “Estado Federal total”.

Ainda quanto à delimitação do que o STF entende por “Federação”, é expressivo o julgamento tomado, em 1999, na **ADI-MC n. 2.024**⁷⁷⁶ e da **ADI n.**

⁷⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl n. 383**. Ajuizada pelo Município de São Paulo. Relator ministro Moreira Alves, julgada em 11.6.1992, DJ de 21.5.1993. Ementa: “Reclamação com fundamento na preservação de competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente”.

⁷⁷⁵ Pois, em junho de 1992, a Corte passou a entender que o Tribunal de Justiça estadual era órgão competente para julgar ação direta contra lei municipal, mesmo no caso de ação direta apontasse como parâmetro de controle norma da Constituição estadual de mera reprodução da Constituição Federal.

⁷⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 2.024**. Proposta pelo governador do Mato Grosso do Sul. Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 27.10.1999, DJ de 1º.12.2000. Ementa: “I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “forma federativa do Estado” (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida. 1. A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 -

2.024⁷⁷⁷, porquanto ampliou o seu conceito. No caso, insurgia-se contra o preceito incorporado à Constituição Federal por meio da EC n. 20/98, que definiu que os

ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos " inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta."

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.024**. Proposta pelo governador do Mato Grosso do Sul. Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 3.5.2007, DJ de 22.6.2007. Ementa: "I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava

servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, os temporários e os empregados públicos tinham que migrar do sistema próprio de previdência dos seus Estados para o Regime Geral de Previdência Social⁷⁷⁸.

Argumentava o requerente no sentido de que a mencionada Emenda Constitucional feria o princípio federativo, uma vez que interferia: na autonomia dos Estados para organizar os seus serviços e o regime jurídico de seus servidores; no financiamento da seguridade social, e, portanto, na autonomia financeira dos entes federados; além de que desprezaria a imunidade recíproca entre os entes federados quanto à estipulação de tributos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que

1. “A forma federativa de Estado” – elevado a princípios intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição.⁷⁷⁹

Ratificou, assim, a tese de que o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988 não literalmente intangível, reconhecendo que o § 13 do artigo 40, fruto da EC n. 20/98, “nem tendia a aboli-lo [o modelo federal de Estado], nem sequer a afetá-lo”.

editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.”

⁷⁷⁸ O dispositivo impugnado tem o seguinte teor: “Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

⁷⁷⁹ Item 1 da Ementa da **ADI n. 2.024**. O voto do ministro Nelson Jobim embasa a afirmativa: “(...) a federação não é uma entidade abstrata: é algo plasmado num determinado momento histórico”. Inclusive, expõe crítica ao uso da expressão “pacto federativo”, para designar o instrumento que sela a federação brasileira. Ao seu ver, como a federação foi uma “concessão do Estado Unitário” brasileiro, decorrência de um “golpe de estado”, não seria adequado associá-la à federação brasileira (fls. 95-96).

Nesse contexto, assentou-se o conceito de “Federação” a partir da enumeração de suas características identificadoras, a saber:

(...) discriminação constitucional das esferas de competência da ordem central e das ordens descentralizadas; a inclusão na última de certa autonomia constitucional dos Estados-membros; a rigidez da Constituição Federal total; e a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz (...) dedicado ao controle da constitucionalidade (...) das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados, além, geralmente, da participação dos Estados federados (...) no processo de formação do direito federal⁷⁸⁰.

E, afastando qualquer alegação no sentido de que a EC n. 20/98, que incluiu o § 13 ao artigo 40, tolheu a autonomia dos Estados e Municípios⁷⁸¹, asseverou quanto à autonomia dos entes federados que:

(...) a autonomia das unidades parciais da Federação, que o art. 18 CF assegura, mais que sabidamente **está adstrita**, como é próprio da forma federativa de Estado, **à observância dos princípios da Constituição total do Estado Federal** (arts. 25, 29 e 32), **assim como as regras que nela se imponham à observação não apenas da União, mas também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**⁷⁸² (Grifos nossos)

A propósito, a “autonomia federativa” também foi o objeto do julgamento da **ADI-MC n. 4.167**⁷⁸³ e da **ADI n. 4.167**⁷⁸⁴. Nesta ação direta,

⁷⁸⁰ **ADI-MC n. 2.024**, voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 84.

⁷⁸¹ O ministro Carlos Britto consignou compreender que o novo § 13 do artigo 40 da Constituição contribuía com a desoneração do Tesouro, “impedindo ou limitando o acesso a benefícios ditos estatutários” (**ADI n. 2.024**, fl. 141), razão por que não lhe parecia que “isso significa[va] um movimento recentralizador, no sentido de prestigiar a União e desprestigiar as pessoas jurídicas federadas periféricas” (**ADI n. 2.024**, fl. 142).

⁷⁸² **ADI-MC n. 2.024**, voto ministro Sepúlveda Pertence, fl. 89. Relacionamos esta assertiva à “relação de coalescência”, a que o ministro Celso de Mello se referiu na ADI n. 3.148.

⁷⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 4.167**. Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17.12.2008, DJ de 30.4.2009. Ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar (art. 10 e § 1º da Lei 9.868/1999). Constitucional. Administrativo. Piso salarial nacional dos professores públicos de ensino fundamental. Lei Federal 11.738/2008. Discussão acerca do alcance da expressão “piso” (art. 2º, caput e §1º). Limitação ao valor pago como vencimento básico inicial da carreira ou extensão ao vencimento global. Fixação da carga horária de trabalho. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do chefe do executivo para dispor sobre o regime jurídico do servidor público (art. 61, § 1º, ii, c da constituição). Contrariedade ao pacto federativo (art. 60, § 4º e i, da constituição). Inobservância da regra da proporcionalidade. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra o art. 2º, caput e § 1º da Lei 11.738/2008, que estabelecem que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica. 2. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo

local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, c da Constituição). Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, § 4º, I e 211, § 4º da Constituição). Inobservância da regra de proporcionalidade, pois a fixação da carga horária implicaria aumento imprevisto e exagerado de gastos públicos. Ausência de plausibilidade da argumentação quanto à expressão "para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta horas)", prevista no art. 2º, § 1º. A expressão "de quarenta horas semanais" tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R\$ 950,00. A ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexecutáveis. Medida cautelar deferida, por maioria, para, até o julgamento final da ação, dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão-somente, o vencimento básico inicial da carreira. Ressalva pessoal do ministro-relator acerca do periculum in mora, em razão da existência de mecanismo de calibração, que postergava a vinculação do piso ao vencimento inicial (art. 2º, § 2º). Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado. Constitucional. Administrativo. Fixação da carga horária de trabalho. Composição. Limitação de dois terços da carga horária à interação com educandos (art. 2º, § 4º da lei 11.738/2008). Alegada violação do pacto federativo. Invasão do campo atribuído aos entes federados e aos municípios para estabelecer a carga horária dos alunos e dos docentes. Suposta contrariedade às regras orçamentárias (art. 169 da constituição). Aumento desproporcional e imprevisível dos gastos públicos com folha de salários. Impossibilidade de acomodação das despesas no ciclo orçamentário corrente. 3. Plausibilidade da alegada violação das regras orçamentárias e da proporcionalidade, na medida em que a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planejada, implicaria a necessidade de contratação de novos docentes, de modo a aumentar as despesas de pessoal. Plausibilidade, ainda, da pretensa invasão da competência do ente federado para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União. Ressalva pessoal do ministro-relator, no sentido de que o próprio texto legal já conteria mecanismo de calibração, que obrigaria a adoção da nova composição da carga horária somente ao final da aplicação escalonada do piso salarial. Proposta não acolhida pela maioria do Colegiado. Medida cautelar deferida, por maioria, para suspender a aplicabilidade do art. 2º, § 4º da Lei 11.738/2008. Constitucional. Administrativo. Piso salarial. Data de início da aplicação. Aparente contrariedade entre o disposto na cláusula de vigência existente no caput do art. 3º da lei 11.738/2008 e o veto apostado ao art. 3º, I do mesmo texto legal. 4. Em razão do veto parcial apostado ao art. 3º, I da Lei 11.738/2008, que previa a aplicação escalonada do piso salarial já em 1º de janeiro de 2008, à razão de um terço, aliado à manutenção da norma de vigência geral inscrita no art. 8º (vigência na data de publicação, isto é, 17.07.2008), a expressão "o valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008", mantida, poderia ser interpretada de forma a obrigar o cálculo do valor do piso com base já em 2008, para ser pago somente a partir de 2009. Para manter a unicidade de sentido do texto legal e do veto, interpreta-se o art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade concedida em parte."

⁷⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.167**. Proposta pelos governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará. Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 27.4.2011, DJ de 24.8.2011. Ementa: "constitucional. Financeiro. Pacto federativo e repartição de competência. Piso nacional para os professores da educação básica. Conceito de piso: vencimento ou remuneração global. Riscos financeiro e orçamentário. Jornada de trabalho: fixação do tempo mínimo para dedicação a atividades extraclasse em 1/3 da jornada. Arts. 2º, §§ 1º e 4º, 3º, caput, II e III e 8º, todos da Lei 11.738/2008. Constitucionalidade. Perda parcial de objeto. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino

questionava-se a competência da União para legislar sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais⁷⁸⁵, por ser “matéria estranha ao estabelecimento do piso salarial”⁷⁸⁶, além do que incumbiria ao Chefe do Executivo regular o regime jurídico do servidor público, “que se estende a todos aos entes federados e aos municípios em razão da regra da simetria”⁷⁸⁷. Assim, a planificação da carga horária da jornada de trabalho e de sua composição violaria o pacto federativo⁷⁸⁸, “na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração”⁷⁸⁹ e feriria o princípio da proporcionalidade, pois traria custos exagerados⁷⁹⁰.

O STF deu interpretação conforme aos preceitos fustigados⁷⁹¹, de maneira que o piso salarial deveria ter como referência a remuneração dos

médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.”

⁷⁸⁵ Lei federal n. 11.738/2008: “Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. § 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais. (...) § 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos. (...) Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte: (...) II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente; III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente. (...) Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

⁷⁸⁶ Nas palavras do ministro Joaquim Barbosa.

⁷⁸⁷ Art. 61, § 1º, II, CF.

⁷⁸⁸ Arts. 1º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º e I, ambos da CF/88.

⁷⁸⁹ Art. 211, § 4º, CF/88.

⁷⁹⁰ Quanto ao cronograma de aplicação do piso salarial, questionaram o cálculo retroativo do pagamento dos valores devidos aos professores (lei aprovada quando as leis orçamentárias estaduais já estavam aprovadas ou em vias de aprovação). E sobre o alcance da expressão “piso salarial”, aduziram que ela deveria se referir à remuneração total dos professores e não ao vencimento inicial da carreira, sob pena de afronta ao pacto federativo.

⁷⁹¹ Arts. 2º e 3º da Lei n. 11.738/2008.

professores (não o vencimento básico inicial da carreira) e que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º.1.2009, com vistas a preservar ao máximo a autonomia financeira dos entes federados.

Além disso, suspendeu a aplicabilidade do artigo que determinava que até 2/3 da carga horária do professor poderia ser cumprida em atividades de interação com os educandos, pois se entendeu que, nesse tema, a União tinha mesmo invadido a competência legislativa estadual⁷⁹².

É que, por “autonomia federativa”, assentou-se que ela abarca o poder de cada ente da federação de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação⁷⁹³. O ministro Gilmar Mendes inclusive elucidou como averiguar se, em um dado caso concreto, houve ou não usurpação de competência de um por outro ente: buscando saber se subsiste alguma competência federativa, substantiva, para a entidade federativa⁷⁹⁴.

Como contraponto, foi também no bojo desta ADI-MC n. 4.167 que se consignou que o tema “educação”, no texto constitucional de 1988, tem caráter “transfederativo”, com isso querendo dizer que “abarcante de todas as esferas federativas brasileiras” e que “a autonomia dos Estados, Municípios e Distrito

⁷⁹² O entendimento do ministro Lewandowski era no sentido de que, “ao determinarem a forma como será paga a verba devida aos professores, ou seja, segundo frações anuais, ofendem a autonomia financeira dos entes federados”. Isso porque “(...) incumbe [aos entes federados] administrar privativamente a sua execução orçamentária (...), sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional dos respectivos governantes”. O ministro Cezar Peluso discordou do ministro Lewandowski, entendendo que, a qualquer momento, adviria lei para estatuir o piso salarial, já que havia determinação constitucional para tanto (art. 206, VIII, da Constituição Federal). Logo, quando, só em 2008, a Lei n. 11.738/2008 “admitiu” que os entes federados parcelassem sua implementação, teria concedido o máximo de oportunidades para que cada ente anuísse com suas obrigações para com os professores do ensino público básico (**ADI-MC n. 4.167**, fl. 200).

⁷⁹³ **ADI n. 4.167**, voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 75.

⁷⁹⁴ **ADI n. 4.167**, voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 82 (segundo o ministro, esta é uma lição de Konrad Hesse). Caso que se subsume a essa formulação jurisprudencial, em que a competência da entidade federativa é esvaziada por outro ente da Federação, é aquela da ADI n. 2.340. O governador do Estado de Santa Catarina ajuizou ação direta contra lei estadual catarinense (Lei n. 11.560, de 19.9.2000), que impunha à sociedade de economia mista do Estado (Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN) a obrigatoriedade de suprir a falta de fornecimento normal de água mediante caminhões-pipa, sob pena de cancelamento automático da conta do mês em que ocorrida a interrupção. O STF entendeu, por maioria apertada de votos (6x5) que a matéria é de interesse local e, portanto, da competência dos Municípios. Liminar concedida. (**ADI-MC n. 2.340**, Relator ministro Marco Aurélio, julgada em 21.3.2001, DJ de 29.8.2003).

Federal foi relativizada pela Constituição” nesse tocante⁷⁹⁵. Aduziu-se, ainda, que “(...) educação exige uma hermenêutica diferenciada no espectro federativo”⁷⁹⁶.

O tema da “autonomia financeira dos entes federados”, bem como o da “interpretação diferenciada” foi revisitado no **RE n. 572.762**⁷⁹⁷, em que a Corte julgou não ser lícito ao Estado postergar o repasse de parcela do ICMS devida aos Municípios, a pretexto de que a sua arrecadação foi adiada em virtude da concessão de incentivos fiscais a particulares.

A Corte entendeu que a parcela do ICMS que é devida aos Municípios não é a de 25% do produto materializado da arrecadação, mas a de 25% do total devido a título de ICMS. Reconheceu-se, assim, que a parcela do ICMS pertencente⁷⁹⁸ aos Municípios, embora arrecadada pelo Estado, não está no talante deste ente dela dispor, “sob pena de grave ofensa ao pacto federativo, de resto, sanável, mediante o emprego da *ultima ratio* do sistema, qual seja, o instituto da intervenção federal”⁷⁹⁹.

Em razão da autonomia financeira, que, “aliás, é suporte da autonomia político-administrativa de qualquer das entidades federativas”⁸⁰⁰, inadmitiu-se “qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles [os Municípios] fazem jus”⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ **ADI-MC n. 4.167**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 207.

⁷⁹⁶ **ADI-MC n. 4.167**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 208.

⁷⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 572.762**. Interposto contra acórdão de apelação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 18.6.2008, DJ de 4.9.2008. Ementa: “Constitucional. ICMS. Repartição de rendas tributárias. PRODEC. Programa de incentivo fiscal de Santa Catarina. Retenção, pelo Estado, de parte da parcela pertencente aos Municípios. Inconstitucionalidade. RE desprovido. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.”

⁷⁹⁸ A propósito, o ministro Carlos Britto, na **ADI n. 4.597-MC**, deixa claro que o *caput* do artigo 158 da Constituição de 1988 encerra uma relação de pertencimento dos valores que menciona aos Municípios (e não de pertinência).

⁷⁹⁹ **RE n. 572.762**, voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 8.

⁸⁰⁰ **RE n. 572.762**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 753.

⁸⁰¹ **RE n. 572.762**, voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 4.

A autonomia municipal foi compreendida como uma das “pedras angulares”⁸⁰² do sistema federativo brasileiro. Ela foi alçada “à condição de princípio estruturante da organização institucional do Estado brasileiro, qualificando-se como prerrogativa política, que, outorgada ao Município pela própria Constituição da República, somente por esta pode ser validamente limitada”⁸⁰³.

Portanto, exigir-se-ia a interpretação diferenciada: “(...) entre duas interpretações teoricamente sustentáveis”, caso em que “o intérprete deve [deveria] optar por aquela que mais confirma dispositivos outros constitucionais, sobretudo se dotados do status de princípios estruturantes; e aqui temos em jogo vários princípios estruturantes da própria Federação brasileira”⁸⁰⁴.

Neste *decisum*, o STF fez consignar o entendimento de que a Constituição de 1988 dilatou “em muito” a autonomia dos entes federados, se comparada com a ordem constitucional anterior, “(...) particularmente no plano fiscal, ampliando a competência arrecadatória dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de assegurar-lhes o repasse de recursos compartilhados com os entes maiores”⁸⁰⁵. A propósito, assentou-se que, “Provavelmente, a característica mais relevante do Estado Federal (...), ao lado da questão da distribuição de competências, seja a atribuição de rendas próprias às unidades federadas”⁸⁰⁶.

⁸⁰² Expressão retirada do RE n. 572.762, voto do ministro Celso de Mello, fl. 766.

⁸⁰³ RE n. 572.762, voto do ministro Celso de Mello, fl. 767.

⁸⁰⁴ RE n. 572.762, voto do ministro Carlos Britto, fls. 759-760.

⁸⁰⁵ RE n. 572.762, voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 2.

⁸⁰⁶ RE n. 572.762, voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 3. Noutro julgado (ADI n. 2.447), tratou-se de assunto tangencial a este: a vinculação de receitas orçamentárias. Nesta oportunidade, estava sob julgamento a constitucionalidade de Emenda Constitucional Estadual mineira (EC n. 47, de 27.12.2000), que destinava parte das receitas orçamentárias do Estado a entidades de ensino da região. Afirmou-se que é reservado ao Chefe do Poder Executivo dispor sobre as três peças orçamentárias (PPA, LDO e LOA), nos termos do art. 165, da Constituição Federal, de maneira que não cabe a lei estadual vincular as receitas do ente para qualquer fim. É que “A fixação do plano de alocação dos recursos públicos interfere diretamente na capacidade do ente federado de cumprir as obrigações que lhe são impostas pela Constituição” (ADI n. 2.447, voto do Relator ministro Joaquim Barbosa, fl. 1). E mais: incongruente seria autorizar que a vinculação não estivesse atrelada diretamente à proposta orçamentária” (ADI n. 2.447, voto do ministro Menezes Direito). A ação foi julgada procedente à unanimidade (ADI n. 2.447, Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 4.3.2009, DJ de 3.12.2009).

No julgamento da **ADI-MC n. 4.597**⁸⁰⁷, o STF mais uma vez posicionou-se a respeito da “autonomia federativa limitada”, do “federalismo cooperativo” e da repartição de receitas como peça-chave do equilíbrio federativo.

No caso, discutia-se sobre a constitucionalidade de preceito cearense⁸⁰⁸ que criou “Fundo Estadual de Atenção Secundária à Saúde”, este composto por 15% do valor que é devido aos Municípios como quota parte pelo ICMS e IPVA arrecadados pelo Estado⁸⁰⁹. Considerando que “o ato impugnado [a emenda estadual] discrepa, a mais não poder, dos princípios e regras atinentes à Federação”⁸¹⁰, concedeu-se liminar, para suspender a eficácia do dispositivo da Constituição do Ceará então atacado, considerando que fere o federalismo de base constitucional⁸¹¹.

No corpo deste precedente, vê-se o entendimento do STF de que “A forma de Estado federal reclama espaços de liberdade”, no entanto, “essa autonomia federativa deve ser limitada pelo próprio pacto federativo”⁸¹². Consoante restou decidido, aos Municípios é dado dispor de tudo quanto a Constituição Federal lhe destinou nos incisos III e IV do artigo 158, afinal “a

⁸⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 4.597**. Relator ministro Marco Aurélio, julgada em 30.6.2011, DJ de 5.9.2011. Ementa: “Municípios – Participação em tributos estaduais – Vinculação. Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios.”

⁸⁰⁸ Artigo 1º da Emenda Constitucional Estadual n. 71 (Que incluiu o art. 249-A na Constituição do Estado do Ceará), como também contra o artigo 1º do Decreto estadual n. 30.483, de 5.4.2011 (Que regulamentava a alteração constitucional), por suposta violação aos artigos 18, 34, inciso VII, alínea “c”, 158, incisos III e IV, e 160 da Constituição Federal.

⁸⁰⁹ Consoante o Art. 158, III e IV, CF/88, a participação municipal nos impostos estaduais é de 50% IPVA e 25% do ICMS.

⁸¹⁰ **ADI-MC n. 4.597**, fl. 4 do voto do ministro Marco Aurélio.

⁸¹¹ À guiza de fundamentação da decisão, citam-se os arts. 1º, 18, 30 e 160, além do próprio *caput* do art. 158.

⁸¹² “Tais prerrogativas não são absolutas e encontram limites no texto constitucional” (**ADI-MC n. 4.597**, fls. 1-2 do voto do ministro Marco Aurélio). Por outro lado, no caso da ADI n. 2.876, o artigo 84, inc. III e VI, da Constituição Federal não foi considerado limitador da lei estadual rondoniense (Lei n. 1.126, de 26.11.2002), que impedia que concessionárias de serviços públicos interrompessem o fornecimento de bem ou serviço sem aviso prévio ao consumidor, sob pena de imediata retomada da prestação do serviço ou fornecimento do bem, além do pagamento de multa. É que os termos “organização” e “funcionamento” empregados pelo texto constitucional “estão intimamente relacionados à ideia de autonomia das pessoas jurídicas de direito público, dentre as quais... figuram os Estados federados”. Se assim não fosse, apoiada em lição de Raul Machado Horta, a ministra Cármen Lúcia, conclui estar-se-ia a não conhecer da autonomia dos entes federados (**ADI n. 2.876**, Relatora ministra Cármen Lúcia, julgada em 21.10.2009, DJ de 19.11.2009).

eficácia da Constituição Federal não encontra limite no poder de auto-organização estadual, do qual resulta o denominado 'poder constituinte derivado decorrente'⁸¹³.

Reconhecendo a opção do constituinte originário de 1988 de adotar a técnica alemã do "federalismo cooperativo"⁸¹⁴, "no qual se atribuem aos entes federativos competências comuns, visando que eles se articulem para o exercício conjunto"⁸¹⁵, relacionou essa cooperação à participação nas receitas de outro ente: "A repartição de receitas tributárias consubstancia peça-chave do equilíbrio federativo, porquanto inviável ao membro da Federação, sem a fonte de financiamento, dar concretude aos objetivos constitucionais que lhe são atribuídos"⁸¹⁶. Asseverou que o tema da repartição das receitas tributárias "diz com a própria natureza da Federação"⁸¹⁷. O arremate da decisão foi contundente no sentido de que "(...) Não há autonomia municipal sem os correlatos recursos financeiros para assegurá-la e desenvolvê-la"⁸¹⁸.

Ainda no que atine à "autonomia federativa", o STF já assentou, no julgamento da **ADI n. 2.452**⁸¹⁹, que ela é condição para a harmonia federativa e

⁸¹³ **ADI-MC n. 4.597**, voto do ministro Marco Aurélio, fl. 3.

⁸¹⁴ O "federalismo" brasileiro em si, o Tribunal, no julgamento da **ADI-MC n. 2.254**, o proclamou como do tipo "cooperativo", o que justificou manter, no caso em comento, a obrigação definida em lei estadual do Espírito Santo de que os ofícios de registro civil remetessem cópias das certidões de óbito ao TRE e ao órgão responsável pela emissão de carteira de identidade. O art. 1º da Lei estadual n. 5.643, de 14.5.98 assim dispunha: "Art. 1º. Os oficiais dos cartórios de registro civil do Estado, ficam obrigados a remeter cópias das certidões de óbito lavradas nos cartórios ao Tribunal Regional Eleitoral e ao órgão responsável pela emissão da carteira de identidade. Parágrafo único. Somente serão encaminhadas ao Tribunal Regional Eleitoral as certidões de óbito das pessoas na faixa etária de 16 a 65 anos. Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário"). O STF considerou que não foi violada a competência privativa da União de legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, Constituição Federal), mas, que, ao contrário, a lei estadual impugnada era "uma típica manifestação normativa que se ajusta, de modo exemplar, aos postulados que informam o federalismo de cooperação", que, por sua vez, é "um expressivo instrumento de atuação solidária e de cooperação institucional entre as diversas pessoas estatais e instâncias de poder a que se refere, em seu art. 1º, o texto da Constituição da República" (**ADI-MC n. 2.254**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 133).

⁸¹⁵ **ADI-MC n. 4.597**, voto do ministro Marco Aurélio, fl. 2.

⁸¹⁶ **ADI-MC n. 4.597**, voto do ministro Marco Aurélio, fl. 2.

⁸¹⁷ **ADI-MC n. 4.597**, voto do ministro Carlos Britto.

⁸¹⁸ **ADI-MC n. 4.597**, voto do ministro Marco Aurélio, fl. 5.

⁸¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 2.452**. Proposta pelo governador do Estado de Minas Gerais. Relator ministro Nelson Jobim, julgada em 24.9.2003, DJ de 30.4.2004. Ementa: "Constitucional. Programa estadual de desestatização. Lei paulista que dispõe sobre a reestruturação societária e patrimonial do setor energético, via fusão cisão ou incorporação das

que a base do sistema federativo são as relações de coordenação entre os seus entes, sem o que se desprezaria o princípio da indissolubilidade da Federação⁸²⁰.

A decisão foi assim tomada tendo em vista a ação direta atacar a lei criadora do Programa estadual de desestatização de empresas do setor energético⁸²¹ – que prevê a reestruturação do setor a partir da fusão, cisão ou incorporação das empresas existentes –, especialmente pelo fato de vedar a participação de empresas estatais estaduais, a não ser as do próprio Estado de São Paulo.

O ministro Nelson Jobim considerou que, se fosse permitido a empresas de outros estados da federação participar desse Programa, isso não contribuiria para a harmonia federativa, pois, para preservar “a própria autonomia do Estado na formulação de sua política energética”⁸²², é importante que os seus interesses não estejam “submetidos ao interesse e decisões políticas de outro Estado, ainda que pela interposição de uma empresa estatal”⁸²³, sob pena de que daí adviessem “indesejáveis tensões agressivas ao pacto federativo”⁸²⁴

E quanto à relação entre as ordens jurídicas total e parciais, ambas albergadas pelo Estado Federal, a que o STF denominou “relação de coalescência”⁸²⁵, ela foi repensada no bojo da **ADI n. 3.148**⁸²⁶.

empresas existentes. Veda a participação, como proponente à aquisição de ações de propriedade do estado nas concessionárias de eletricidade, a toda e qualquer empresa estatal estadual, à exceção do próprio estado. Objetivo de viabilizar a implementação da modalidade de desestatização. Economicamente previsível que a aquisição do controle acionário por 'qualquer empresa estatal' de outro estado federado não conduziria a investimentos no setor. Princípio da estabilidade da federação; preservação das relações entre estados-membros. Impossibilidade dos interesses de um estado se submeterem aos interesses e decisões políticas de outro, ainda que pela interposição de uma empresa estatal. Limitação legítima. Ausência de plausibilidade do pedido. Liminar indeferida.”

⁸²⁰ **ADI-MC n. 2.452**, voto da ministra Ellen Gracie, fl. 813.

⁸²¹ “Cria o Programa Estadual de Desestatização, dispõe sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético e dá outras providências. (...) Art. 24. (...) § 2º Fica vedada a participação, como proponente à aquisição de ações de propriedade do Estado de São Paulo nas concessionárias de eletricidade, a toda e qualquer empresa estatal estadual, excluídas as do próprio Estado.”

⁸²² **ADI-MC n. 2.452**, voto do ministro Nelson Jobim, fl. 810.

⁸²³ **ADI-MC n. 2.452**, voto do ministro Nelson Jobim, fl. 809.

⁸²⁴ **ADI-MC n. 2.452**, voto da ministra Ellen Gracie, fl. 813.

⁸²⁵ Elucida o ministro Celso de Mello que há uma “relação de coalescência” entre a ordem jurídica total e a pluralidade de ordens jurídicas parciais. Com isso, quer dizer que coexistem as leis nacionais e as leis emanadas dos diversos entes da Federação (União, Estados, Distrito

Federal e Municípios), ao passo que estes são “responsáveis pela instauração de ordens normativas igualmente parciais”, algumas de natureza central (União), outras de natureza regional (Estados-membros e Distrito Federal) ou de caráter local (Municípios) (**ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fls. 269-270).

⁸²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.148**. Proposta pelo Procurador-Geral da República. Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007. Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade - legislação estadual pertinente à exploração de atividade lotérica - discussão sobre a competência para legislar sobre o tema referente a sistemas de sorteios - matéria submetida ao regime de competência privativa da união (cf, art. 22, inciso XX) - histórico da legislação referente à exploração dos jogos e sistemas lotéricos (inclusive bingos) no Brasil - diplomas normativos estaduais que disciplinam os serviços de loterias e instituem novas modalidades de jogos de azar - matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à união federal - usurpação, pelo estado-membro, de competência legislativa exclusiva da união - ofensa ao art. 22, XX, da Constituição federal - inconstitucionalidade formal das leis e decretos do estado do Tocantins que dispuseram sobre jogos e sistemas lotéricos - ação direta julgada procedente. Legislação pertinente a sistemas de sorteios - matéria submetida ao regime de competência privativa da união (cf, art. 22, inciso XX) - normas estaduais que disciplinam a atividade lotérica - usurpação de competência - inconstitucionalidade formal caracterizada - precedentes. - A cláusula de competência inscrita no art. 22, inciso XX, da Constituição da República atribui máximo coeficiente de federalidade ao tema dos “sorteios” (expressão que abrange os jogos de azar, as loterias e similares), em ordem a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa, ainda que concorrente, por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios. - Não assiste, ao Estado-membro, bem assim ao Distrito Federal, competência para legislar, por autoridade própria, sobre qualquer modalidade de loteria ou de serviços lotéricos. Precedentes. - A usurpação, pelo Estado-membro, da competência para legislar sobre sistemas de sorteios - que representa matéria constitucionalmente reservada, em caráter de absoluta privatividade, à União Federal - traduz vício jurídico que faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo radical, a própria integridade do ato legislativo daí resultante. Precedentes. - A questão do federalismo no sistema constitucional brasileiro. O surgimento da idéia federalista no Império. O modelo federal e a pluralidade de ordens jurídicas (ordem jurídica total e ordens jurídicas parciais). A repartição constitucional de competências: poderes enumerados (explícitos ou implícitos) e poderes residuais. Fiscalização normativa abstrata – Declaração de inconstitucionalidade em tese e efeito repristinatório. - A declaração de inconstitucionalidade “in abstracto”, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 - RTJ 194/504-505 - ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Relator ministro Celso de Mello, “Informativo/STF” nº 224, v.g.). - Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. - Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual nº 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados.”

Esta impugnava a validade jurídico-constitucional de diversas leis do Estado de Tocantins, que versavam sobre a exploração de atividade lotérica⁸²⁷, por supostamente contrariarem o disposto no artigo 22, incisos I e XX, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal interpretou o dispositivo constitucional de forma favorável à União (em detrimento dos Estados)⁸²⁸. Reputando ser a partilha de competências “uma das mais expressivas características do Estado Federal”⁸²⁹, aludiu competir à União os poderes que a Constituição, enquanto pacto federativo⁸³⁰, lhe reservou, sendo todos os demais da esfera de competência dos Estados-membros e Distrito Federal⁸³¹.

⁸²⁷ Lei n. 1.123, de 1º.2.2000, Decreto n. 1.399, de 25.1.2002, Decreto n. 1.493, de 29.4.2002, Lei n. 66, de 25.7.1989, Lei n. 1.099, de 20.10.1999 e do art. 4º da Lei n. 1.115, de 9.12.1999. Destas, apenas a Lei n. 1.123/2000 estava em vigor (as demais foram expressamente revogadas pelo art. 5º da Lei n. 1.123/2000), mas o Procurador-Geral da República resolveu questionar a constitucionalidade inclusive das leis que a antecederam no tratamento do tema, tendo em vista que possível declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 1.123/2000 poderia fazer repristinar o conteúdo das leis anteriores a ela.

⁸²⁸ No mesmo sentido, as seguintes ações diretas: **ADI n. 2.690-RN** (Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 7.6.2006, DJ de 20.10.2006), **ADI n. 2.847-DF** (Relator ministro Carlos Velloso, julgada em 5.8.2004, DJ de 26.11.2004), **ADI n. 2.948-MT** (Relator ministro Eros Grau, julgada em 3.3.2005, DJ de 13.5.2005), **ADI n. 2.995-PE** (Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007), **ADI n. 2.996-SC** (Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 10.8.2006, DJ de 29.9.2006), **ADI n. 3.147-PI** (Relator ministro Carlos Britto, julgada em 10.8.2006, DJ de 22.9.2006), **ADI n. 3.183-MS** (Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 10.8.2006, DJ de 20.10.2006), **ADI n. 3.189-AL** (Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007), **ADI n. 3.259-PA** (Relator ministro Eros Grau, julgada em 16.11.2005, DJ de 24.2.2006), **ADI n. 3.293-MS** (Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007) e **ADI n. 3.895-SP** (Relator ministro Menezes Direito, julgada em 4.6.2008, DJ de 28.8.2008), a maior parte delas alegando violação ao disposto no artigo 22, incisos I e XX, da Constituição de 1988.

⁸²⁹ O exame do Estado Federal brasileiro permite que nele se reconheça a possibilidade de a União Federal, no sistema de repartição constitucional de competências estatais, exercer, legitimamente, as atribuições enumeradas que lhe foram conferidas, em caráter privativo, pela Carta Política, sem que a prática dessa competência institucional implique transgressão à prerrogativa básica da autonomia político-jurídica constitucionalmente reconhecida aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios (**ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 270).

⁸³⁰ **ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 268.

⁸³¹ Qualificou a reserva constitucional de poderes residuais como “um dos ‘cornerstones’, verdadeira pedra angular sobre a qual se estrutura, em nosso país, o edifício do Estado Federal” (**ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 272). Ainda a respeito da reserva constitucional de poderes residuais, o Supremo julgou outra ação direta, **ADI n. 845**, esta manejada pelo governador do Estado do Amapá, questionando a constitucionalidade do artigo 224 da Constituição estadual, que concedia ao estudante o direito a meia passagem nos transportes coletivos municipais e intermunicipais. Reconheceu-se que a Constituição de 1988 é expressa ao definir que o transporte coletivo “de interesse local” é matéria da competência dos Municípios (art. 30, V). Considerou-se, ainda, que o transporte coletivo intermunicipal, este

Assim, traduzindo a questão levada a julgamento como a verificação pelo Supremo Tribunal Federal se a matéria veiculada na legislação do Estado do Tocantins está (ou não) compreendida na esfera de competência normativa reservada privativamente à União⁸³², conclui que “os diplomas normativos ora impugnados efetivamente vulneraram a cláusula de competência”⁸³³.

Dessa forma reconheceu porque, segundo o que decidido, o termo “sorteios”, inscrito no artigo 22, inciso XX, da Constituição de 1988, inclui o conceito de “loteria”⁸³⁴, de maneira que, nos seus dizeres, o texto constitucional “atribui ao tema dos ‘sorteios’ (...) um máximo coeficiente de federalidade, apto a afastar, nessa específica matéria, a possibilidade constitucional de legítima regulação normativa por parte dos Estados-membros, do Distrito Federal, ou, ainda, dos Municípios”⁸³⁵.

O “princípio federativo” em si, sua noção foi ampliada a partir do julgamento da **ADI n. 3.853**⁸³⁶, que tinha sido proposta para impugnar preceito da

sim, não está previsto no texto constitucional de 1988, motivo por que residualmente, compete aos Estados regular (**ADI n. 845**, Rel. ministro Eros Grau, julgada em 22.11.2009, DJ de 6.3.2008).

⁸³² **ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 273.

⁸³³ **ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 273 e 291.

⁸³⁴ A jurisprudência da Corte já tinha assentado esse entendimento no julgamento da **ADI n. 2.847** (fl. 120), de relatoria do ministro Carlos Velloso, julgada em 5.8.2004, DJ de 26.11.2004.

⁸³⁵ **ADI n. 3.148**, voto do ministro Celso de Mello, fl. 273. Já na **Rcl n. 383**, o ministro Celso de Mello, julgada em 11.6.1992, utilizou a expressão “coeficiente de federalidade”, querendo com isso dizer que os Estados-membros do Estado Federal não podiam exercer autônoma produção normativa, antes tinham que reproduzir obrigatoriamente em suas Constituições estaduais algumas normas (as “sensíveis”) da Constituição Federal (fls. 77-78).

⁸³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3.853**. Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora ministra Cármen Lúcia, julgada em 12.9.2007, DJ de 26.10.2007. Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2006, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. Acréscimo do art. 29-a, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição sul-mato-grossense. Instituição de subsídio mensal e vitalício aos ex-governadores daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual Chefe do Poder Executivo Estadual. Garantia de pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em ‘caráter permanente’, receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados ‘em caráter permanente’, por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo ‘benefício’, não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente

Constituição do Mato Grosso do Sul⁸³⁷, o qual previu o pagamento de “subsídio”, mensal e vitalício, em valor igual ao percebido pelo governador, aos ex-governadores daquele Estado da Federação, bem como, em caso de falecimento do beneficiário, pensão ao cônjuge supérstite⁸³⁸.

O STF se fiou à tese de que, por consequência da adoção do princípio federativo, os entes federados eram dotados de competência privativa, o que “explicita o espaço constitucional de autonomia de cada qual”⁸³⁹. Esclareceu que, por outro lado, isso não quer dizer que a competência autônoma estadual não seja limitada pelos princípios da Constituição Federal (*art. 25, caput*), tais como o princípio republicano, o princípio da moralidade, o princípio da impessoalidade e o da responsabilidade dos gastos públicos⁸⁴⁰.

desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.”

⁸³⁷ “A Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do § 3º do art. 66, da Constituição Estadual, promulga a seguinte emenda ao texto constitucional: Art. 1º. O inciso VIII do art. 63 da Constituição do Estado passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 63. (...) VIII – fixar subsídio do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado. Art. 2º. Fica acrescentado ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias artigo, numerado como 29-A, com a seguinte redação: Art. 29-A. Cessada a investidura no cargo de Governador do Estado, quem o tiver exercido em caráter permanente, fará jus a subsídio, mensal e vitalício, igual ao percebido pelo chefe do Poder Executivo. § 1º. O recebimento do subsídio é restrito ao exercente de mandato integral e não poderá ser cumulativo com a remuneração de cargo eletivo ou de livre nomeação federal, estadual ou municipal. § 2º. Em caso de falecimento do beneficiário o cônjuge supérstite receberá a metade do subsídio, aplicando a mesma a inacumulabilidade prevista no parágrafo anterior. § 3º. O subsídio poderá ser retirado pelo voto de 2/3 da Assembleia Legislativa em caso de provada indignidade do beneficiário, pela prática de ato grave no exercício de mandato eletivo ou cargo de livre nomeação. § 3º. Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação.”

⁸³⁸ Para a Assembleia Legislativa estadual, o princípio federativo seria o autorizador da providência legal adotada, a partir da análise do quanto prevalecia na vigência do art. 184 da Emenda n. 1/69, que prescrevia que “Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, desde que não tenha sofrido suspensão dos direitos políticos, a um subsídio mensal e vitalício igual ao vencimento do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal”.

⁸³⁹ **ADI n. 3.853**, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 657.

⁸⁴⁰ Imaginar, assim, que o que deixou de ser posto no ordenamento constitucional nacional, relativamente a ex-Presidente da República, deveu-se a opção que pode ser subestimada no plano estadual, em nome da autonomia federativa, não pode prevalecer quando o fundamento da não concessão da *graça* está em sua incompatibilidade com os princípios constitucionais vigentes (**ADI n. 3.853**, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 659).

É que “o modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria⁸⁴¹ (...), de tal modo que não destoam os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas magnas”⁸⁴². Apontou, assim, que o equilíbrio federativo “vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa”⁸⁴³.

E, em continuidade ao movimento de ampliação do conceito de “princípio federativo”, de que cuidou a ADI n. 3.853, na **ADI-MC n. 2.832**⁸⁴⁴, O STF foi unânime em reconhecer a competência legislativa estadual para suplementar a norma geral de direito à informação disposta no Código de Defesa do Consumidor – CDC⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Quanto ao princípio da simetria, o ministro Sepúlveda Pertence revela a “antipatia que tenho [tem] pela alegação do princípio da simetria como ‘pomada maravilha’ para resolver qualquer problema federativo”. De qualquer sorte, resolve-o assim: “A Carta de 1969 concedia, a de 1988 deixou de conceder, logo está vedado aos Estados” (**ADI n. 3.853**, voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 668).

⁸⁴² **ADI n. 3.853**, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 659.

⁸⁴³ **ADI n. 3.853**, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 659.

⁸⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.832**. Proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 7.5.2008, DJ de 19.6.2008. Ementa: “Direito constitucional e administrativo. ADI contra lei paranaense 13.519, de 8 de abril de 2002, que estabelece obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná. Alegação de ofensa aos arts. 22, I e VIII, 170, caput, IV, e parágrafo único, e 174 da Constituição Federal. Proteção ao consumidor. Ofensa indireta. Ação julgada parcialmente procedente. I - Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao consumidor. II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Relator ministro Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. III - Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor. IV - Inocorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidades vinculadas à Administração Pública estadual. V - Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.”

⁸⁴⁵ No campo do direito à informação ao consumidor, semelhante foi a conclusão (ADI improcedente) da ADI n. 1.980, proposta para questionar a constitucionalidade da Lei estadual paranaense n. 12.420/99, que assegurava ao consumidor o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores situados naquela Unidade da Federação (**ADI-MC n. 1.980**, Relator ministro Sydney Sanches, julgada em 4.8.1999, DJ de 25.2.2000; **ADI n. 1.980**, Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 16.4.2009, DJ de 6.8.2009). Todavia, mesma sorte não teve a ADI-MC n. 3.322, na qual se discutiu sobre a constitucionalidade da Lei distrital n. 3.426, de 4.8.2004, que obrigava as empresas concessionárias do serviço público de telefonia fixa a “emitirem a fatura de cobrança, com a individualização de cada ligação local realizado pelo consumidor”. A discussão perpassou o mesmo princípio federativo: “Desde quando a técnica do velho federalismo dualista se veio somar, nas Constituições federais mais modernas, a técnica da

O caso tocava preceito da Lei estadual paranaense que estabeleceu a “obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná”⁸⁴⁶, por suposta violação ao artigo 22, incisos I e XVIII, da Constituição Federal.

O ministro Carlos Britto assumiu que a lei impugnada “também protege a saúde, tem mérito suficiente para incorporar a defesa da saúde, que é também matéria da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal” e nisto está inserida inclusive no inciso XII do artigo 24 da Constituição Federal e não apenas em seu inciso V⁸⁴⁷.

Nesse contexto, o ministro Menezes Direito conclamou seus pares à proceder à “revisão do princípio federativo brasileiro”, que

repartição vertical de competência, entre nós hoje retratada no art. 24 da Constituição, ampliaram-se as zonas cinzentas, quando se cuida de identificar se determinada matéria está confiada à exclusividade da ordem central, ou admite a interferência suplementar das ordens parciais da federação” (ministro Sepúlveda Pertence). Mas, por maioria de votos, nos termos do voto do Relator, o STF deferiu a medida cautelar para suspender a lei do Distrito Federal (**ADI n. 3.322**. Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 2.8.2006, DJ de 19.12.2006).

⁸⁴⁶ Lei paranaense n. 13.519, de 8.4.2002, que assim dispunha: “Art. 1º. Fica estabelecida a obrigatoriedade de informação, nos rótulos das embalagens de café comercializados no Paraná, da porcentagem de cada espécie vegetal de que se compõe o produto. § 1º. O produto comercializado no Paraná com o nome de café, independentemente de sua apresentação, somente poderá ser produzido a partir de grãos de espécies vegetais do gênero *Coffea*. § 2º. Nos casos em que se utilizarem grãos de plantas híbridas de diferentes espécies do gênero *Coffea*, especificar-se-á no rótulo do produto a participação percentual do híbrido. Art. 2º. As disposições desta lei aplicam-se ao café torrado em grão, ao café torrado moído, ao café solúvel e a todas as demais formas em que o café, destinado ao consumo humano, puro ou em mistura com outros produtos alimentícios, seja comercializado no Brasil. Art. 3º. Para os efeitos desta lei, adotam-se as seguintes definições: I – Café Torrado em Grão: é o endosperma beneficiado do fruto maduro de uma ou mais espécies do gênero *Coffea*, submetido a tratamento térmico adequado, até atingir o ponto de torra escolhido; II – Café Torrado Moído: é o Café Torrado em Grão submetido a adequado processo de moagem; III – Café solúvel: é o produto resultante da desidratação do extrato aquoso obtido exclusivamente do café torrado, através de métodos físicos, utilizando água como único agente extrator; IV – Para os efeitos desta lei, entende-se por espécies ‘*Coffea Arábica*’ e ‘*Coffea Canephora*’; a) a espécie *Canephora* será referida no rótulo de acordo com as variedades conhecidas como ‘Robusta’ ou ‘Conillon’; b) a espécie *Arábica* será referida no rótulo com este próprio nome. Art. 4º. O regulamento desta lei estabelecerá, entre outros aspectos, os requisitos relativos a características sensoriais, físicas, químicas e microbiológicas, acondicionamento e higiene, os teores máximos de impurezas ou contaminantes admitidos, os planos de amostragem e os métodos de análise a serem observados. Art. 5º. Constará nas embalagens de todo café comercializado no Paraná um selo da qualidade emitido pela produção, através da Associação Paranaense de Cafeicultores – APAC, com a fiscalização da EMATER – Paraná e aprovação técnica, através de laudo laboratorial a ser fornecido pelo Instituto Agrônomo do Paraná – IAPAR. Art. 6º. Esta lei entrará em vigor 90 dias após a data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

⁸⁴⁷ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V - produção e consumo; (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...)”

(...) ao longo do tempo, esta Suprema Corte, no tocante a constituições anteriores, estreitou a meu ver demasiadamente. E, agora, diante da Constituição dos 80, tenho como necessário fazer uma revisão para ampliar a natureza federativa do Estado brasileiro.⁸⁴⁸

Ao que o ministro Celso de Mello completou, dizendo:

Ou seja, proceder-se à revisão, em sede jurisdicional, da própria teoria do federalismo em nosso País, em ordem a expandir, nos estritos termos de nossa experiência institucional, a autonomia político-jurídica das coletividades locais (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).⁸⁴⁹

Daí, a Corte, valendo-se da noção de “condomínio legislativo”⁸⁵⁰, superou entendimento externado em caso idêntico, na ADI-MC n. 750⁸⁵¹, e julgou parcialmente procedente, por maioria de votos, a ação direta para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão “no Brasil”, contida no preceito impugnado.

Por fim, colaciona-se o julgamento do STF no bojo da **ADI n. 124**⁸⁵², em que o tema da “autonomia financeiro-tributária” foi novamente ventilado e,

⁸⁴⁸ **ADI n. 2.832**, voto do ministro Menezes Direito, fl. 183.

⁸⁴⁹ **ADI n. 2.832**, aparte do ministro Menezes Direito, fl. 184.

⁸⁵⁰ Fazendo alusão a conceito formulado por Raul Machado Horta.

⁸⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC n. 750**. Relator ministro Octavio Gallotti, julgada em 29.6.1992, DJ de 11.9.1992. Ementa: “Obrigatoriedade de informações, nas embalagens de produtos alimentícios, comercializados no Estado Rio de Janeiro (Lei Fluminense n. 1.939, de 1991, art. 2º, itens II, III e IV). Cautelar deferida, em face da urgência da medida e da relevância da fundamentação jurídica do pedido (artigos 24, V e 22, VIII, da Constituição Federal).”

⁸⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 124**. Proposta pelo governador de Santa Catarina. Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 18.6.2008, DJ de 4.9.2008. Ementa: “Constitucional. Tributário. Norma do Estado de Santa Catarina que estabelece hipótese de extinção do crédito tributário por transcurso de prazo para apreciação de recurso administrativo fiscal. Constituição do Estado, art. 16. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, art. 4º. Alegada violação do art. 146, III, b, da Constituição. A determinação do arquivamento de processo administrativo tributário por decurso de prazo, sem a possibilidade de revisão do lançamento equivale à extinção do crédito tributário cuja validade está em discussão no campo administrativo. Em matéria tributária, a extinção do crédito tributário ou do direito de constituir o crédito tributário por decurso de prazo, combinado a qualquer outro critério, corresponde à decadência. Nos termos do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1996), a decadência do direito do Fisco ao crédito tributário, contudo, está vinculada ao lançamento extemporâneo (constituição), e não, propriamente, ao decurso de prazo e à inércia da autoridade fiscal na revisão do lançamento originário. Extingue-se um crédito que resultou de lançamento indevido, por ter sido realizado fora do prazo, e que goza de presunção de validade até a aplicação dessa regra específica de decadência. O lançamento tributário não pode durar indefinidamente, sob risco de violação da segurança jurídica, mas a Constituição de 1988 reserva à lei complementar federal aptidão para dispor sobre decadência em matéria

desta vez, conforme explicitado pela Corte, deveria o princípio federativo ser ponderado sempre que conflitar com outro princípio estruturante.

Neste caso, alegava-se que um dado preceito do ADCT catarinense⁸⁵³ contrariava a Constituição Federal ao criar hipótese de extinção do crédito tributário por decurso de prazo para apreciação de recurso administrativo fiscal.

Neste julgado, o princípio federativo foi determinante para fins de definir qual seria a amplitude da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Isso porque todos os ministros do Supremo Tribunal Federal eram assentes no sentido de que os Estados-membros detêm competência legislativa para regular processos e procedimentos administrativos⁸⁵⁴ e, à exceção de um só ministro, a maioria entendeu não caber ao constituinte estadual inovar o ordenamento jurídico do Estado, prevendo caso de extinção de crédito tributário nos termos que o fez.

Se asseveramos que o princípio federativo foi determinante, é porque a maior parte dos ministros demonstrava estar determinada a julgar completamente procedente a ação, quando, após a manifestação do ministro Menezes Direito, no sentido de que a Corte repensasse e expandisse, com fulcro na Constituição de 1988, o conceito da Federação brasileira, decidiram declarar inconstitucional apenas a expressão “sob pena de seu arquivamento e da impossibilidade de revisão ou renovação do lançamento tributário sobre o mesmo fato gerador” do dispositivo atacado.

tributária. Viola o art. 146, III, b, da Constituição federal norma que estabelece hipótese de decadência do crédito tributário não prevista em lei complementar federal. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.”

⁸⁵³ Constituição estadual: “Art. 16 – Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (...) § 4º - A lei fixará prazo para o proferimento da decisão final no processo contencioso administrativo-tributário, sob pena de seu arquivamento e da impossibilidade de revisão ou renovação do lançamento tributário sobre o mesmo fato gerador. (...) ADCT. (...) Art. 4º - Enquanto não promulgada a lei prevista no art. 16, § 4º, da Constituição, o prazo nele referido é fixado em doze meses, e em seis meses para os processos em tramitação, descontado o período necessário a realização de diligências motivadas.”

⁸⁵⁴ ADI n. 124, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 39.

O ministro Menezes Direito fundamentou sua intervenção no fato de que não há “nenhuma regra na Constituição Federal que possa obstar o legislador estadual de estabelecer um prazo para seus processos administrativos”⁸⁵⁵, motivo por que se compreendeu que, em reprovando o mínimo o ato normativo do Estado de Santa Catarina, o STF estaria a preservar sua autonomia federativa.

E, especificamente quanto à autonomia financeiro-tributária, o Tribunal considerou que “essa norma, no aspecto federativo, cumpre uma função protetiva da própria autonomia tributária e financeira, ou financeiro-tributária de todos os entes federados, uma espécie de norma impeditiva (...) de uma eventual autobancarota estatal”⁸⁵⁶.

A decisão tomada nos autos da ADI n. 124 foi considerada pelo ministro Gilmar Mendes uma decisão “tomada com os olhos no retrovisor”, quer dizer, embasada no texto constitucional anterior a 1988⁸⁵⁷. Reputou-se, no entanto, ter a Corte feito um “bom exercício de ponderação jurídica”⁸⁵⁸.

3.2 FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL ⁸⁵⁹

Nos termos do artigo 159, inciso I⁸⁶⁰, a União deve distribuir entre os Estados da Federação 21,5% (vinte um e meio por cento) das suas receitas, provenientes da arrecadação com os impostos sobre renda e proventos de

⁸⁵⁵ ADI n. 124, voto do ministro Menezes Direito, fl. 30. Mais adianta, repisa esse argumento: “Onde é que vamos encontrar uma regra, na Constituição Federal, que impeça, que obstaculize que a Constituição do Estado estabeleça um prazo de tramitação dos procedimentos administrativos? Não existe. Se não existe, não há inconstitucionalidade, a lei não pode ser julgada inconstitucional” (ADI n. 124, voto do ministro Menezes Direito, fl. 42).

⁸⁵⁶ **ADI n. 124**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 25.

⁸⁵⁷ **ADI n. 124**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 48.

⁸⁵⁸ **ADI n. 124**, voto do ministro Carlos Britto, fl. 49.

⁸⁵⁹ “A divisão de rendas é a pedra de toque da Federação, pois é a medida da autonomia real dos Estados-Membros” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62).

⁸⁶⁰ “Art. 159, I, alínea “a”, CF: “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento da seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; (...)” Quando a constituinte foi instalada, o FPE absorvia 14% da arrecadação combinada do IR e do IPI.

qualquer natureza – IR e sobre produtos industrializados – IPI⁸⁶¹. Esses valores são transferidos para um fundo de nome “Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal”, para posterior rateio entre os Estados-partes⁸⁶².

Seu principal objetivo é redistribuir a arrecadação tributária “em prol dos entes menos desenvolvidos em termos econômicos e sociais”⁸⁶³. O FPE é “provedor de equidade fiscal entre os Estados”⁸⁶⁴, é um mecanismo fiscal idealizado para capacitar, em termos financeiros, todos os estados “a produzir um nível mínimo de bens e serviços públicos”⁸⁶⁵.

Visando “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios”⁸⁶⁶, o artigo 161, II, da Constituição Federal delegou ao legislador complementar definir as “normas sobre a entrega dos recursos” dos Fundos

⁸⁶¹ Com vistas a concretizar o comando legal, o artigo 34, § 2º, incisos I a III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu que o percentual fixado constitucionalmente seria atingido mediante o escalonamento no tempo dos percentuais dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. (...) § 2º - O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios obedecerão às seguintes determinações: I - a partir da promulgação da Constituição, os percentuais serão, respectivamente, de dezoito por cento e de vinte por cento, calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos referidos no art. 153, III e IV, mantidos os atuais critérios de rateio até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 161, II; II - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal será acrescido de um ponto percentual no exercício financeiro de 1989 e, a partir de 1990, inclusive, à razão de meio ponto por exercício, até 1992, inclusive, atingindo em 1993 o percentual estabelecido no art. 159, I, ‘a’; III - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Municípios, a partir de 1989, inclusive, será elevado à razão de meio ponto percentual por exercício financeiro, até atingir o estabelecido no art. 159, I, ‘b’.”

⁸⁶² Em 2006, representou a terceira principal modalidade de transferência governamental do país, só não superando o repasse de parte do ICMS dos Estados aos seus Municípios e do FPM (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 19). Em 2013, ultrapassou a marca de R\$ 48 bilhões redistribuídos entre os Estados-membros da Federação.

⁸⁶³ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 5.

⁸⁶⁴ MENDES, Marcos. “Fundo de Participação dos Estados: sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF”. In: **Textos para Discussão n. 96**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011, p. 13.

⁸⁶⁵ ROSENBLATT, David; SHIDLO, Gil. “Quem tem mais recursos para governar? Uma comparação das receitas *per capita* dos estados e municípios brasileiros”. In: **Revista de Economia Política**, vol. 16, n. 1 (61), jan-mar/1996, p. 102.

⁸⁶⁶ São as próprias palavras do art. 161, II, da Constituição. Com efeito, não se tem clareza quanto ao conteúdo da expressão “equilíbrio socioeconômico”, o que desencadeia a ineficiência no planejamento dos valores ou na mensuração de seus resultados (ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 23).

Constitucionais, como também “os [seus] critérios de rateio” previstos no inciso I do artigo 159 do texto constitucional.

Por meio dos fundos, manifesta-se o objetivo constitucionalmente consagrado de perseguir um desenvolvimento econômico nacional global e harmônico. A igualdade e a justiça são as metas prioritárias da Constituição de 1988 (...)

O dispositivo constitucional em apreço, art. 161, II, prevê, portanto, a edição de norma complementar a serviço do federalismo cooperativo que, na trilha da redução das desigualdades inter-regionais, busque realizar o desenvolvimento nacional integrado e harmônico⁸⁶⁷ (Grifos nossos).

Assim é que, em 28.12.1989, foi publicada a Lei Complementar a que o inciso II do artigo 161 fazia alusão (LC n. 62), em cuja ementa declara estabelecer “normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participações”. No seu único anexo estão elencados coeficientes fixos de rateio do FPE entre os estados federados – sem menção a quais critérios foram considerados para seu cálculo⁸⁶⁸ –, os quais deveriam ser aplicados até (inclusive) o ano de 1991, mas que, enquanto não sobreviesse lei específica impondo novos critérios de rateio, deveriam continuar em vigor⁸⁶⁹. Ao Tribunal de Contas da União⁸⁷⁰, incumbiria efetuar o cálculo das quotas a que cada estado fazia jus, segundo os critérios da LC n. 62/1989⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 601.

⁸⁶⁸ O que Alexandre A. Rocha identificou é que os coeficientes de repartição dos fundos tendem a ser mais elevados nos estados em que as populações são grandes e as rendas pequenas (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 14). Na sistemática anterior a LC n. 62/89, fundada nos arts. 88-90 do Código Tributário Nacional – CTN, os três critérios clássicos de demanda por serviços públicos foram sopesados: área de cada estado, população e inverso da renda *per capita*.

⁸⁶⁹ “Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma: (...) § 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar. § 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990. § 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.” Os referidos coeficientes de rateio continuaram em vigor até a decisão do STF, de 24.2.2010, e, aliás, tiveram sua vigência elastecida até 31.12.2015, por força do inciso I do art. 2º da LC n. 143/2013.

⁸⁷⁰ Constituição Federal: “Art. 161. (...) Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.”

⁸⁷¹ Art. 5º da LC n. 62/89.

No corpo da LC n. 62/1989, há, ainda, a estipulação de que 85% dos valores angariados pelo FPE seja distribuído aos Estados integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste⁸⁷². Dessa feita, o FPE passou também a servir de mecanismo de compensação fiscal e regional⁸⁷³, pois “se, por um lado, as ampliações da base tributária introduzidas pelo atual ordenamento constitucional beneficiaram os estados mais desenvolvidos, por outro, os critérios de repartição do FPE passaram a atribuir tratamento preferencial às regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte”⁸⁷⁴.

É que, em busca da homogeneização⁸⁷⁵ das suas regiões, no Brasil, como na maioria dos países cujos regimes são federais, compete à União, guiada pelo princípio da solidariedade, perseguir a redução das desigualdades regionais, segundo a lição de Gilberto Bercovici⁸⁷⁶. Por isso, o papel relevante dos fundos

⁸⁷² “Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma: I - 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; II - 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.” Para Ives Gandra Martins: “(...) o dispositivo resultou de pressão dos Estados do Norte e do Nordeste, que tinham maior número de representantes no Congresso que os Estados do Sul, razão pela qual foi amplamente alargada a participação destes em relação à discriminação de rendas da Lei Maior anterior” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45). Como justificação ao Projeto de Lei Complementar n. 104, de 1989, da Câmara dos Deputados – que deu origem à LC n. 62/89 –, consta motivo exposto pelo Deputado Firmo de Castro, em junho de 1989, para explicar o porquê de 85% dos recursos do FPE terem sido destinados às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste: “(...) os critérios adotados sob o amparo da Constituição anterior, para o rateio do FPE, tiveram pequenos ajustamentos nesses últimos 25 anos e o objetivo de aumentar os efeitos redistributivos das rendas públicas, de forma a favorecer as unidades menos desenvolvidas do País, não foi plenamente alcançado. Por isso, decorridos todos esses anos, ainda persiste o consenso de que o grau de distributividade deve ser melhorado, sob pena de permanecerem ainda bastante acentuadas as desigualdades inter-regionais de rendas públicas”. Nesse mesmo documento, narra-se a respeito de reuniões dos Secretários Estaduais de Fazenda e Finanças do País, em que todos teriam concordado que deveria ser aumentada de 78% para 85% a participação dos Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste no FPE (Projeto de Lei Complementar n. 104, de 1989. *Diário do Congresso Nacional* de 17.6.1989, seção I, p. 4970).

⁸⁷³ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 17-18. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁸⁷⁴ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 7.

⁸⁷⁵ Aqui aplicamos o termo “homogeneização” com o sentido que lhe ofereceu Bercovici: “processo de redução das desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação das condições sociais de vida em todo o território nacional” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57).

⁸⁷⁶ “A estruturação federal pressupõe transferência considerável de recursos públicos entre as regiões, fundamentada no princípio da solidariedade” (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do**

públicos que combatem as disparidades socioeconômicas entre as regiões que abriga em seu território⁸⁷⁷.

Ocorre que, em 17.7.2013⁸⁷⁸, sobreveio, a Lei Complementar n. 143, que alterou o teor do artigo 2º da LC n. 62/89, para estipular, em suma: que continuariam vigentes, até 31.12.2015, os mesmos coeficientes fixos de rateio dos recursos do FPE previstos pela lei complementar anterior (LC n. 62/89); quais novos critérios de repartição dos fundos devem passar a vigor a partir do ano de 2016; e que não subsistem, para fins de divisão dos valores os mecanismos de compensação fiscal e regional previstos na LC n. 62/89.

De uma ou de outra forma, o *quantum* a ser repassado a cada um dos Estados-membros da Federação continuará levando em conta a assimetria que há entre eles⁸⁷⁹. A nova redação do inciso III do artigo 2º da LC n. 62/89, dada pela LC n. 143/2013, passa a consignar quais fatores representativos serão sopesados no cálculo dos coeficientes de repartição do FPE a partir de 2016⁸⁸⁰: a população e o inverso da renda domiciliar *per capita*⁸⁸¹.

Estado Federal Brasileiro. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57-58).

⁸⁷⁷ São instrumentos das Políticas de Desenvolvimento Regionais – PDRs do nosso país (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 31).

⁸⁷⁸ Ou seja, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 24.2.2010, tomada no bojo das ADIs n. 875, 1.987, 2.727 e 3.243, em que se declarou a omissão inconstitucional do Legislativo – pelo fato de que ainda não tinha elaborado nova lei complementar em substituição àquela LC n. 62/89. Portanto, fora do termo aprazado pelo STF, que findou em 31.12.2012. “Em qualquer hipótese, algum acordo precisará surgir, pois não parece razoável imaginar que os estados venham a abrir mão de R\$ 42,5 bilhões, em valores correntes, dentro de curtos 32 meses” (ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 32).

⁸⁷⁹ Reconhecendo a igualdade formal entre os entes da Federação, o pacto federativo brasileiro persegue, como seu objetivo fundamental, a redução das desigualdades regionais: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁸⁸⁰ Tornando esses coeficientes flexíveis, portanto.

⁸⁸¹ Embora esses dois fatores representativos, que, ao ver de Alexandre A. Rocha, teriam sido os mesmos a embasar o cálculo dos coeficientes do anexo da LC n. 62/89, não tenham indicado um papel virtuoso do FPE no aumento da população ou no crescimento da renda, ao que conclui: “As defasagens regionais observadas podem ser uma decorrência de ineficiências no processo de alocação das transferências intergovernamentais” (ROCHA, Alexandre A. “Rateio

A propósito, o financiamento das unidades integrantes do pacto federativo, que é o cerne do federalismo fiscal, pode se dar de, pelo menos, três diferentes formas: por arrecadação própria, por partilha de impostos e por transferências governamentais⁸⁸².

As transferências governamentais, verticais ou horizontais⁸⁸³, afinam-se com a dinâmica federativa, pois ocorrem em razão da existência de desequilíbrios entre os entes federativos quanto ao que arrecadam e ao que necessitam gastar⁸⁸⁴. São as disparidades fiscais que ensejam, da parte do órgão central do sistema, um programa de equalização fiscal, que se opera principalmente a partir da diferenciação dos percentuais de rateio dos Fundos⁸⁸⁵.

Entabulada, no nosso sistema, apenas no seu viés vertical e de “cima para baixo”⁸⁸⁶, a transferência “deve observar a questão federativa em sua amplitude maximizante”⁸⁸⁷. Não mais se pautando na condicionalidade do repasse típico da República Velha⁸⁸⁸, que, com efeito, infirma o princípio federativo, o FPE, desde que instituído, pelo artigo 21 da Emenda Constitucional n. 18, de

do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 18-21).

⁸⁸² ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 15.

⁸⁸³ Ambas coadunam com o federalismo, embora, na Constituição brasileira de 1988, não haja previsão de transferências horizontais obrigatórias.

⁸⁸⁴ A que se denomina “hiato fiscal” (ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 15) ou também “brecha vertical” (PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal**: uma análise comparada. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 15, 19-21 e 26).

⁸⁸⁵ Evolução dos percentuais do FPE no Brasil: Código Tributário Nacional (1967-1968) – 10%; Ato Complementar n. 40/1968 (1969-1975) – 5%; Emenda Constitucional n. 5/1975 (1976-1980) – 6% a 9%, progressivamente; Emenda Constitucional n. 17/1980 (1981-1983) – 10% e 10,5%; Emenda Constitucional n. 23/1983 (1984-1985) – 12,5% e 14%; Emenda Constitucional n. 27/1985 (1985-1988) – 14%; com a edição da Constituição de 1988, essas alíquotas foram progressivamente majoradas – em 1988: 18%; em 1989: 19%; em 1990: 19,5%; em 1991: 20%; em 1992: 20,5%; e, desde 1993: 21,5%.

⁸⁸⁶ A União transfere aos Estados, Distrito Federal e Municípios e os Estados transferem para os Municípios contidos em seu âmbito; nunca o contrário.

⁸⁸⁷ ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 29.

⁸⁸⁸ Cf. a esse respeito: FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001, p. 651-653.

1º.12.1965, é transferência caracterizada por ser obrigatória, incondicional, sem contrapartida e redistributiva⁸⁸⁹.

Ocorre que a descentralização fiscal⁸⁹⁰ funcionou como uma etapa (contrapartida) da Redemocratização (descentralização de poder)⁸⁹¹. O movimento de descentralização empreendido pela Constituição de 1988 elevou a participação dos Estados na receita disponível de 22,2% para 26,4% entre os anos de 1980 e 1993⁸⁹². Assim, os Fundos de Participação, disciplinados no artigo 159 da Constituição Federal, “tornaram-se decisivos para os Estados e vitais para a maior parte dos Municípios do país”⁸⁹³.

Mesmo depois de deduzidos os 20% devidos ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos

⁸⁸⁹ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 10.

⁸⁹⁰ “Na literatura especializada, a descentralização fiscal é realçada pelo papel marcante dos governos subnacionais, tanto no financiamento como nos gastos do governo. No Brasil, os estados e municípios arrecadam diretamente 32 por cento do total de tributos cobrados no país e, após efetuadas as repartições constitucionais das receitas de impostos, passam a dispor de 43 por cento da receita tributária nacional, incluídas, na base de cálculo, as contribuições previdenciárias” (SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 7. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013).

⁸⁹¹ CRUZ, Bruno de Oliveira et OLIVEIRA, Carlos Wagner de Albuquerque. “Federalismo, Repasses Federais e Crescimento Econômico: um estudo sobre Amapá e Roraima”. **Texto para Discussão**. Brasília: IPEA, 1999, n. 683, p. 11-12.

⁸⁹² BARROSO, Luís Roberto. “A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: 2006, p. 145.

⁸⁹³ BARROSO, Luís Roberto. “A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: 2006, p. 144. Inclusive, “desenvolveram uma crônica dependência de recursos alternativos aos que lhes resultavam da partilha constitucional de rendas”. Nem mesmo contando com o valor que lhes é repassado a título de FPE, os Estados não são auto-sustentáveis (BARROSO, Luís Roberto. “A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: 2006, p. 148). Por essa razão, Kiyoshi Harada mantém uma posição crítica quanto ao mecanismo de participação no produto de arrecadação de imposto alheio tolhe as autonomias dessas entidades, “porque inúmeros entraves burocráticos, inclusive os de natureza política, se interpõem, dificultando o recebimento oportuno dessas participações, sem contar as limitações e condicionamentos previstos na própria Carta Política e na legislação infraconstitucional, impondo o direcionamento dos recursos que lhe são transferidos” (HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 70).

Profissionais da Educação – FUNDEB⁸⁹⁴, os recursos do FPE equivalem, em média, a 13% de toda receita tributária disponível de todos os estados⁸⁹⁵. Em alguns estados, os valores que lhe são repassados a título de FPE representam bastante mais, no entanto.

No Estado do Acre⁸⁹⁶, por exemplo, em 2008, os recursos recebidos do FPE significaram 58,7% de todas as receitas daquele Estado-membro da Federação⁸⁹⁷. No Estado do Maranhão, em 1995, 60%, enquanto suas receitas próprias líquidas responderam por menos de 33% dos recursos disponíveis⁸⁹⁸. No Amapá e em Roraima⁸⁹⁹, em 2009, o FPE constituiu quase metade da sua Receita Corrente Líquida⁹⁰⁰.

⁸⁹⁴ Tal como determina o art. 3º, inciso VI, da Lei n. 11.494, de 20.6.2007: “Art. 3º Os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, são compostos por 20% (vinte por cento) das seguintes fontes de receita: (...) VI - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e prevista na alínea a do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; (...)”.

⁸⁹⁵ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 20.

⁸⁹⁶ A seguir, alistamos os Estados-partes da Federação, por ordem de percentual do FPE de que são aquinhoados, do que mais recebe para o que menos recebe por transferência da União: 1º) Bahia – 9,3962; 2º) Ceará – 7,3369; 3º) Maranhão – 7,2182; 4º) Pernambuco – 6,9002; 5º) Pará – 6,1120; 6º) Paraíba – 4,7889; 7º) Minas Gerais – 4,4545; 8º) Tocantins – 4,3400; 9º) Piauí – 4,3214; 10º) Rio Grande do Norte – 4,1779; 11º) Alagoas – 4,1601; 12º) Sergipe – 4,1553; 13º) Acre – 3,4210; 14º) Amapá – 3,4120; 15º) Paraná – 2,8832; 16º) Goiás – 2,8431; 17º) Rondônia – 2,8156; 18º) Amazonas – 2,7904; 19º) Roraima – 2,4807; 20º) Rio Grande do Sul – 2,3548; 21º) Mato Grosso – 2,3079; 22º) Rio de Janeiro – 1,5277; 23º) Espírito Santo – 1,5000; 24º) Mato Grosso do Sul – 1,3320; 25º) Santa Catarina – 1,2798; 26º) São Paulo – 1,0000; 27º) Distrito Federal – 0,6902.

⁸⁹⁷ ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010, p. 22.

⁸⁹⁸ NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Perez. “O papel dos Fundos de Participação dos Estados – FPE na convergência da renda *per capita* dos estados brasileiros”. In: **Revista de Economía y Estadística**, quarta época, vol. 42, n. 2 (2004), p. 94.

⁸⁹⁹ MENDES, Marcos. “Fundo de Participação dos Estados: sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF”. In: **Textos para Discussão n. 96**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011, p. 9. Aliás, os Estados do Amapá e de Roraima – que são dotados de infraestrutura de transporte, apesar da sua baixa densidade demográfica, fruto da necessidade de escoar, respectivamente, o ouro e a borracha que deles se extraía – apesar de receberem grande volume de recursos federais, segundo Cruz e Oliveira, “apresentam relativo descontrole em suas contas” (CRUZ, Bruno de Oliveira et OLIVEIRA, Carlos Wagner de Albuquerque. “Federalismo, Repasses Federais e Crescimento Econômico: um estudo sobre Amapá e Roraima”. **Texto para Discussão**. Brasília: IPEA, 1999, n. 683, p. 17).

⁹⁰⁰ Aqui usamos a expressão conforme o conceito oferecido pelo art. 2º, inciso IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000): “Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: (...) IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de

E como as transferências não são vinculadas, os governadores de cada Estado da Federação é que decidem a respeito da sua destinação. Em muitos dos casos, os valores advindos deste Fundo, apesar de variáveis – pois dependem do valor total arrecadado a título de IR e IPI pela União –, são utilizados para custear despesas com pessoal ou aumentar a capacidade de endividamento público do ente federativo – nem sempre é investido em infraestrutura básica ou educação.

De todo modo, não fossem as transferências do FPE, os Estados de base tributária mais estreita não teriam como oferecer serviços públicos (de educação, de assistência social, de infraestrutura de pontes e estradas, dentre outros) em quantidade e qualidade próxima à dos Estados mais desenvolvidos, a não ser que, para isso, elevasse a níveis bem superiores à média nacional as alíquotas dos seus impostos⁹⁰¹.

O risco de crise de sobrecarga e ingovernabilidade é real e deriva do fato de os Estados-partes precisarem, no mínimo, oferecer aos cidadãos que moram em seus limites geográficos condições para usufruírem dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal⁹⁰².

A diferença entre os encargos assumidos pelos governos subnacionais e os recursos que estes governos auferem em decorrência do exercício de sua competência tributária, sem contar transferências

contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; (...)" É com base nela (na Receita Corrente Líquida) que se calculam os limites de gasto com pessoal, por exemplo (art. 19 da LC n. 101/2000).

⁹⁰¹ MENDES, Marcos. "Fundo de Participação dos Estados: sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF". In: **Textos para Discussão n. 96**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011, p. 13. E, por conseguinte, o aumento da alíquota dos impostos de um Estado poderia levar a que a sua população migrasse para outros Estados, com vistas a se esquivar dos altos tributos. A essa consequência, a doutrina denomina de "mobilidade da base tributável" (ROSENBLATT, David; SHIDLO, Gil. "Quem tem mais recursos para governar? Uma comparação das receitas *per capita* dos estados e municípios brasileiros". In: **Revista de Economia Política**, vol. 16, n. 1 (61), jan-mar/1996, p. 102).

⁹⁰² REZENDE, Fernando. "Federalismo Fiscal: em busca de um novo modelo". In: **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. OLIVEIRA, Romualdo Portela et SANTANA, Wagner, orgs. Brasília: UNESCO, 2010, p. 86.

intergovernamentais, essa diferença Sérgio Prado denomina “brecha vertical”⁹⁰³, outros designam “hiato fiscal”⁹⁰⁴, questão central do federalismo fiscal⁹⁰⁵.

Essa “brecha vertical” é um “fato normal e necessário na vida fiscal federativa, para o qual se deve buscar as formas mais eficientes de equacionamento”. Por isso, como não poderia deixar de ser, o Federalismo brasileiro, assimétrico que é, depende da repartição não só horizontal, mas também vertical das competências tributárias (repartição de rendas)⁹⁰⁶.

Por esses motivos, não fossem repassados os valores deste Fundo, seria maior o *déficit* público, o que, por sua vez, comprometeria ainda mais o federalismo brasileiro, ao passo que restaria aos Estados barganhar com a União para conseguir empréstimos⁹⁰⁷.

Daí que houve o temor de que, se não aprovadas em tempo as novas regras de distribuição do FPE, ele deixaria de existir em 31.12.2012: “(...) a despeito das resistências, novas regras terão que ser aprovadas, sob pena de extinção do Fundo, o que inviabilizaria o funcionamento da administração pública em vários Estados”⁹⁰⁸. Por isso, é possível dizer que, sem os recursos do FPE, a capacidade de autoadministração de alguns entes da Federação poderia estar comprometida e, por conseguinte, sua autonomia federativa.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha feito com que “o pêndulo histórico do federalismo brasileiro inclinasse em favor dos Estados e Municípios”, o que Jair do Amaral Filho percebe atualmente é, isso sim, “um

⁹⁰³ PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal**: uma análise comparada. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 19 e 26.

⁹⁰⁴ ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 18.

⁹⁰⁵ PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal**: uma análise comparada. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 19.

⁹⁰⁶ Segundo a classificação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55-56).

⁹⁰⁷ Uma vez que sua capacidade de endividamento na atual política de estabilização econômica foi bastante diminuída (BARROSO, Luís Roberto. “A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: 2006, p. 148-150).

⁹⁰⁸ MENDES, Marcos. “Fundo de Participação dos Estados: sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF”. In: **Textos para Discussão n. 96**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011, p. 3.

processo de enfraquecimento fiscal-financeiro dos estados e municípios, em benefício do fortalecimento do Governo Federal”⁹⁰⁹.

Ao mesmo tempo em que a descentralização fiscal imprimiu uma autonomia jamais vista aos estados federados brasileiros, assiste-se à fragilização da cooperação entre os mesmos, aprofundamento dos desequilíbrios estruturais entre regiões e estados e, mais recentemente, um forte processo de recentralização fiscal-financeira.⁹¹⁰

3.3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988 até a data do julgamento das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, ou seja, até 24.2.2010, é possível depreender que, inicialmente, assim que promulgada a Constituição Federal de 1988, o STF concebia de maneira restrita o princípio federativo, apenas como o princípio antagônico ao princípio unitário e, por conseguinte, o federalismo como a tensão entre eles. Nesse momento, muitos dos conflitos federativos levados ao conhecimento da Corte inclinaram-se para afastar as legislações estaduais, reconhecendo um máximo “coeficiente de federalidade”, como se convencionou chamar, às matérias e, como consequência, robustecendo a pertença competencial da União⁹¹¹.

Desde 2007, a jurisprudência do STF, muito também por impulso dos ministros Cármen Lúcia e Menezes Direito, vinha se alterando, passando a ampliar a noção que se tinha sobre o princípio federativo, revertendo a tendência do federalismo pátrio à centralização⁹¹². Ele veio a ser considerado o princípio que fez incorporar no ordenamento pátrio o próprio Federalismo. Tido como princípio estruturante do Estado, deveria ser ponderado com relação a outros

⁹⁰⁹ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 19. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁹¹⁰ AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 24. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

⁹¹¹ Como nos casos atinentes a loterias (ADI n. 3.148), previdência social (ADI n. 2.024), direito de informação ao consumidor (ADI n. 3.322), dentre outros.

⁹¹² Conforme reconhecido tanto no julgamento da Rcl n. 370 quanto no da Rcl n. 383: “(...) é da evolução histórica do federalismo brasileiro, em particular, no sentido da centralização” (**Rcl n. 383**, voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 149).

princípios quando com estes conflitar, devendo ser alvo de interpretação diferenciada, como todos os princípios estruturantes. Disso adveio que as decisões da Corte passaram a privilegiar os Estados em detrimento da União.

O conceito de Federação, o Tribunal o delineou, primeiramente a partir dos ensinamentos de Hans Kelsen, para quem o termo “Federação” identifica tão-somente a União, e, depois, de maneira dilatada, para compreender o Estado Federal como um todo. Desde então, enumera como características suas, a saber: a discriminação constitucional das esferas de competência da ordem central e das ordens descentralizadas; certa autonomia constitucional dos Estados-membros; a rigidez da Constituição Federal total; a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz dedicado ao controle de constitucionalidade das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados; e a participação dos Estados federados no processo de formação do direito federal.

Foi possível constatar, ainda, que a Corte considera a solidariedade e a cooperação institucional características inerentes ao federalismo de cooperação adotado pela Constituição Federal de 1988 e que há uma íntima relação entre autonomia político-administrativa e autonomia financeira, considerando ser a repartição de receitas tributárias a característica mais relevante do Estado Federal, “peça-chave” do equilíbrio federativo.

Quanto ao Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE, que é um dos exemplos da Constituição Federal de 1988 de transferências financeiras intergovernamentais, ele é um instrumento pautado pelo princípio da solidariedade e destinado a homogeneizar as regiões, a amenizar as desigualdades em termos econômicos e sociais entre Estados⁹¹³. O programa de equalização fiscal é operado principalmente pela diferenciação dos percentuais de repartição dos valores do Fundo⁹¹⁴.

⁹¹³ Seu rateio de recursos hoje representa a terceira maior modalidade de transferência governamental, que tem por características ser: obrigatória, incondicional, sem contrapartida e redistributiva.

⁹¹⁴ Por muitos anos, os coeficientes de rateio do FPE foram aqueles previstos no anexo único da LC n. 62/89, a qual foi considerada inconstitucional pelo STF (Ante a omissão parcial

Outrossim, a receita derivada da divisão do FPE é desvinculada, portanto muitas das vezes ela é utilizada com despesas de pessoal ou para aumentar a capacidade de endividamento dos Estados-membros ou mesmo com providências no sentido de garantir que os cidadãos usufruam dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Daí que, a não ser que se assegure o seu repasse, provavelmente os Estados-partes do Estado Federal brasileiro sofrerão do risco de sobrecarga e de ingovernabilidade, o que teria o condão de comprometer a capacidade de autoadministração de alguns Estados-partes da Federação e, por conseguinte, sua autonomia federativa.

inconstitucional do Legislativo, em fazer publicar lei que consignasse critérios flexíveis de definição dos percentuais de divisão dos recursos do FPE). Desde 17.7.2013, vige em seu lugar a LC n. 143/2013, que manteve os coeficientes estipulados pela LC n. 62/89 válidos até 31.12.2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS⁹¹⁵

Ao final, conclui-se que:

A LC n. 62/89 padecia de vício insanável, ao passo que não continha consigo os critérios objetivos que possibilitariam a atualização dos coeficientes de rateio do FPE, para fins de contribuir para amenizar as assimetrias regionais do país⁹¹⁶.

E o Supremo Tribunal Federal, ao oferecer novo prazo de validade à lei que considerou inconstitucional, deu sobrevida à inconstitucionalidade e arriscou que ela se operasse, no seu dizer, “ao quadrado”⁹¹⁷. Ainda fez constar que, se o Congresso Nacional não se mobilizasse no tempo aprazado, os Estados sofreriam consequências econômico-financeiras.

Melhor que sobrevivesse a LC n. 62/89, não só porque o teor do § 3º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 não assinala prazo para o Legislador sanar omissão sua, mas também em razão de que o § 3º do art. 2º da LC n. 62/89 já havia criado o que o ministro Gilmar chamou de “ultra-atividade especial” dos dispositivos que garantem o rateio do FPE até que fosse criada nova lei complementar com respeito ao tema.

No caso em tela, o princípio federativo foi desconsiderado no julgamento, pois, se assim não fosse, os ministros do STF não teriam admitido que “o menos aquinhado ficaria sem nada”⁹¹⁸.

Conclusão como essa, se não afronta diretamente o teor do artigo 160 da Constituição de 1988⁹¹⁹, ao menos faz transplantar uma nova exceção

⁹¹⁵ “À medida que aprofunda-se a investigação, descobrindo ou criando relações entre as hipóteses antes analisadas, introduz-se hipóteses mais fortes que levam a generalizações inesperadas” (STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do Direito?** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415. Acesso em 19/09/2013).

⁹¹⁶ Essa é uma exigência da solidariedade embutida no federalismo cooperativo adotado no Brasil.

⁹¹⁷ “Em princípio não tem vácuo legislativo, porque nós estamos assegurando dois anos; vinte e quatro meses” (ADI n. 875, Voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 282).

⁹¹⁸ Palavras da ministra Cármen Lúcia (ADI n. 875, voto da ministra Cármen Lúcia, fl. 292).

⁹¹⁹ Que veda “a retenção ou qualquer restrição à entrega” dos recursos do FPE.

(um terceiro inciso) à regra do *caput* desse artigo, no sentido de que a entrega desses valores estaria condicionada inclusive à existência de lei complementar com as qualidades que aquele Tribunal delineou⁹²⁰.

Ocorre que, nessa última hipótese, a conclusão do julgamento funcionaria como uma alteração da Constituição, só que, de maneira flexível, e poria em duplo risco o próprio federalismo brasileiro: a uma, porque o modelo federal de Estado depende de que a Constituição que o alberga seja do tipo rígida e, portanto, não seja alterada sem o devido processo legal⁹²¹; a duas, porque comprometeria a autonomia político-financeira dos Estados-partes da Federação⁹²², pedra de toque da dogmática federativa instalada no Brasil pela Constituição de 1988.

No caso sob análise, o STF “inovou” (“criação forte”), ao passo que esvaziou o conteúdo do federalismo do texto constitucional então interpretado, ignorando o “campo de referência”⁹²³ da palavra “federalismo” e suas variantes⁹²⁴. Isso porque, dentre as interpretações cabíveis na “moldura interpretativa” (Hans Kelsen) do texto normativo sob análise, o STF optou por elaborar “norma de decisão” (Eros Grau) a qual ignorou o conteúdo do princípio federativo que, ao longo dos anos, aquele Tribunal ressignificou.

Diferentemente do julgamento da ADI n. 124, em que o ministro Menezes Direito conclamou os demais ministros a que não se olvidassem de ponderar o princípio federativo – no caso da lei catarinense que criou hipótese de extinção de crédito tributário por decurso de prazo para apreciação de recurso administrativo fiscal, o que redundou na alteração do resultado do julgamento –, o

⁹²⁰ O STF considerou indispensável que a novel lei complementar contivesse critérios objetivos de rateio, flexíveis, para que pudesse ser atualizada diretamente pelo TCU, sempre que a realidade o exigisse.

⁹²¹ Que é um dos “critérios de verdade” a partir dos quais se afere a legitimidade da atividade hermenêutica dos juízes (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76-77).

⁹²² Aqui usamos o termo “Federação” não para significar tão-só a União, como o fazia Hans Kelsen e o STF antigamente, mas nos referindo ao Estado Federal como um todo.

⁹²³ Segundo Ross, “as palavras individuais carecem de significado independente, possuindo apenas um significado abstraído das expressões nas quais aparecem (...) O contexto mostrará a referência com a qual a palavra tem sido usada em cada caso individual” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 141).

⁹²⁴ Como “federação” e “princípio federativo”.

caso do FPE passou sem que se pesasse⁹²⁵ o gravame que o atraso no repasse dos valores do Fundo, por exemplo, fariam nos orçamentos de cada Estado e, consequentemente, na autonomia financeira e político-administrativa⁹²⁶ dos membros da Federação.

É preciso não olvidar, contudo, que ao Supremo Tribunal Federal compete guardar a Constituição, zelando pela “sobrevivência, equilíbrio e desenvolvimento do princípio federativo”⁹²⁷. Ao STF incumbe proteger a União e defender os Estados-membros contra os excessos centralizadores, o que quer dizer que deve defender a Constituição para preservar a unidade nacional e conservar o princípio da autonomia estadual⁹²⁸. Ao se negar a tanto, extrapolou os limites não da Separação de Poderes em si⁹²⁹, mas as condicionantes do princípio da legalidade.

⁹²⁵ Mesmo tendo o Relator feito menção ao grau de dependência que várias Unidades Federativas têm do FPE.

⁹²⁶ A autonomia político-administrativa é comprometida sempre que a financeira o é.

⁹²⁷ MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional**: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 143.

⁹²⁸ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114-115.

⁹²⁹ “(...) o sistema federativo traz em si mesmo aquela nota necessária de distribuição de poderes, em sentido vertical, que completa a separação horizontal, já preconizada sabiamente por Montesquieu como penhor da liberdade na estrutura técnica do Estado livre e constitucional” (BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 316).

ANEXO

Na tabela abaixo, é possível constatar o grau de dependência das Unidades da Federação com relação aos recursos do FPE:

Tabela 1 – FPE e estimativa da Receita Corrente Líquida dos Estados: 2009

R\$ milhões

ESTADOS	FPE ⁽¹⁾ (A)	RCL ⁽²⁾ (B)	% (C)=(A)/(B)
Amapá	1.235	2.689	46
Roraima	898	2.046	44
Acre	1.239	3.082	40
Tocantins	1.571	4.310	36
Maranhão	2.613	7.930	33
Alagoas	1.506	4.881	31
Piauí	1.565	5.219	30
Sergipe	1.504	5.126	29
Paraíba	1.734	6.252	28
Rio Grande do Norte	1.513	6.383	24
Rondônia	1.019	4.345	23
Ceará	2.656	11.832	22
Pará	2.213	10.808	20
Pernambuco	2.498	14.584	17
Bahia	3.402	20.873	16
Amazonas	1.010	8.289	12
Mato Grosso	836	8.771	10
Goiás	1.029	12.538	8,2
Mato Grosso do Sul	482	6.924	7,0
Espírito Santo	543	10.418	5,2
Paraná	1.044	21.600	4,8
Minas Gerais	1.613	40.499	4,0
Rio Grande do Sul	853	26.120	3,3
Santa Catarina	463	14.834	3,1
Distrito Federal	250	11.904	2,1
Rio de Janeiro	553	39.065	1,4
São Paulo	362	112.823	0,3
TOTAL	36.206	424.145	9
% PIB	1,15%		

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional.

(1) Já descontado o valor transferido ao FUNDEB.

(2) Receita Corrente Líquida estimada por: Receita Corrente menos Transferência a Municípios, em função de não se dispor de dados oficiais atualizados para todos os Estados

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS OU ACADÊMICAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**. Brasília, n. 7, jan-abr/1999, p. 143-150.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. “Descentralização e Reforma do Estado: a Federação Brasileira na Encruzilhada”. In: **Economia e Sociedade**, n. 14. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp, jun/2000, p. 127-152.

ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de; ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. “O equilíbrio federativo como desafio ao novo formato do Fundo de Participação dos Estados (FPE)”. In: **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 13-34.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

AMARAL FILHO, Jair do. **Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil**, p. 1-25. Disponível em http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em 1º.11.2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. “A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: 2006, p. 141-151.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. 6º Volume, Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. “O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa”. In: **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, edição especial, abr/maio, 2008, p. 1-18.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Constituinte e Constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Política e Constituição**: os caminhos da democracia. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOURDIEU, Pierre. “O campo político”. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 5. Brasília, jan-jul/2011.

_____. **O poder simbólico**. Trad. F. Tomaz. 15ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 2ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

CONTIPELLI, Ernani. "Solidariedade e autonomia financeira no federalismo fiscal comparado". In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 20, vol. 105, jul-ago/2012, p. 365-384.

CORREIA NETO, Celso de Barros. "Supremo julgará novamente os critérios de partilha do FPE". In: **Consultor Jurídico**, de 15.3.2014. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 24.3.2014.

CRUZ, Bruno de Oliveira *et* OLIVEIRA, Carlos Wagner de Albuquerque. "Federalismo, Repasses Federais e Crescimento Econômico: um estudo sobre Amapá e Roraima". **Texto para Discussão**. Brasília: IPEA, 1999, n. 683, p. 1-25.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**: campanha de Canudos. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Federal**. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1986.

DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. Disponível em <http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>. Acesso em 1º.11.2013.

ELAZAR, Daniel J. "Federalismo como meio e como fim". In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul/set 2011.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. revista. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da Interpretação à Hermenêutica Jurídica**: uma leitura de Gadamer e Dworkin. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRERI, Janice Helena. "A Federação". In: BASTOS, Celso (org.). **Por uma Nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15-38.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais**. Porto Alegre: Safe, 2009.

_____; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza/CE: 2010, p. 5238-5246.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1972.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. In: **Revista do Legislativo**, jan-mar/1999, p. 14-25.

_____. **Direito Constitucional**. 4ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Igor César F. A. Gomes (org.). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPREATO, Francisco Luiz C. Um novo caminho do federalismo no Brasil? In: **Economia e Sociedade**. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 95-114.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Madrid: Universidad Iberoamericana, 2000.

_____. **Sociología del riesgo**. 3ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Cristiano Franco. **Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. “Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional”. In: **Revista de Informação Legislativa**, vol. 45, n. 178, abr-jun/2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: decisões relevantes em 9 anos de atuação no STF, 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Marcos. “Fundo de Participação dos Estados: sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF”. In: **Textos para Discussão n. 96**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das Finanças Públicas**: um estudo de economia governamental. Vol. I. Trad. Auriphebo Berrance Simões. São Paulo: Atlas; Brasília: INL, 1973.

NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil**. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_o_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1. Acesso em 19.9.2013.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Ricardo da Costa; NUNES, Selene Perez. “O papel dos Fundos de Participação dos Estados – FPE na convergência da renda *per capita* dos estados brasileiros”. In: **Revista de Economía y Estadística**, quarta época, vol. 42, n. 2 (2004), p. 89-103.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito** (UFPE), v. 13, 2003, p. 299-330.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. **A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Sérgio. **Equalização e federalismo fiscal**: uma análise comparada. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: **Consultoria Legislativa**, estudo de agosto/2012, p. 1-16.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998.

REZENDE, Fernando. “Federalismo Fiscal: em busca de um novo modelo”. In: **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir a

diversidade. OLIVEIRA, Romualdo Portela et SANTANA, Wagner, orgs. Brasília: UNESCO, 2010, p. 71-88.

ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. In: **Textos para Discussão n. 71**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**: doutrina brasileira do habeas corpus. Tomo III [1910-1926]. Rio de Janeiro: Civilização brasileira S.A., 1991.

ROSENBLATT, David; SHIDLO, Gil. “Quem tem mais recursos para governar? Uma comparação das receitas *per capita* dos estados e municípios brasileiros”. In: **Revista de Economia Política**, vol. 16, n. 1 (61), jan-mar/1996, p. 101-106.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000.

ROURE, Agenor de. **A Constituinte Republicana**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

SASS, Liz Beatriz. A Relação entre Direito e Política na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: **Revista Perspectiva**. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, vol. 1, n. 1, 1975. Rio Grande do Sul: Erechim/RS:EdiFAPES, v. 31, n. 114, junho.2007.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Campinas/SP: Edicamp, 2001.

SECONDAT, Charles Louis de – Barão de MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SERRA, José et AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”. Disponível em <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>. Acesso em 2.8.2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Celina. "Reinventando o poder local: limites e possibilidades do federalismo e da descentralização". In: **São Paulo em Perspectiva**, vol. 10, n. 3, 1996, p. 103-112.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do Direito?** Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415. Acesso em 19.9.2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: leis e costumes. Livro I. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

XIMENES, Júlia Maurmann. O Processo de Produção Científico-Jurídica: o problema é o problema. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília-Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

JUDICIAIS OU PROCESSUAIS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Aviso Nº 562/AGU/SG-CS/99, de 25.8.1999, da lavra do Advogado-Geral da União, Geraldo Magela da Cruz Quintão, juntado aos autos da ADI n. 1.987, fl. 57.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Informações Nº AGU/EM-04/93, de 28.6.1993, da lavra do Consultor da União, Eduardo Maneira, aprovadas pelo Advogado-Geral da União, Alexandre de Paula Dupeyrat Martins, em 29.6.1993, prestadas nos autos da ADI n. 875, fls. 56-61 e 63.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Informações Nº AGU/SF-12/2002, de 7.10.2002, da lavra do Consultor da União, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva

Filho, adotadas pelo Advogado-Geral da União, José Bonifácio Borges de Andrada, em 9.10.2002, prestadas nos autos da ADI n. 2.727, fls. 127-137.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Informações Nº AGU/SF-8/2004, de 19.7.2004, da lavra do Consultor da União, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, adotadas pelo Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, em 20.7.2004, prestadas nos autos da ADI n. 3.243, fls. 72-88.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Ofício PGFN/PGA/nº 1502, de 3.10.2002, da lavra do Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Ditimar Sousa Britto, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fl. 98.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer ADI Nº 875-7/600, de 29.11.1993, da lavra do Advogado-Geral da União, Geraldo Magela da Cruz Quintão, juntado aos autos da ADI n. 875, fls. 81-92.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer ADI Nº 2.727-1/MS, de 14.10.2002, da lavra do Advogado-Geral da União, José Bonifácio Borges de Andrada, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fl. 145.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer ADI Nº 3.243-7/600, de 22.11.2004, da lavra do Advogado-Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, e de Advogado da União, André Luis Rodrigues de Souza, juntado aos autos da ADI n. 3.243, fls. 110-121.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer PGFN/CRJ/Nº 552/93, de 14.6.1993, da lavra do Procurador da Fazenda Nacional, Castruz Catramby Coutinho, aprovado pelo Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Ditimar Sousa Britto, em 3.10.2002, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fls. 99-112.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer PGFN/CRJ/Nº 3157/2002, de 3.10.2002, da lavra do Procurador da Fazenda Nacional, Seridião Correia Montenegro, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Edgard Lincoln de Proença Rosa, em 15.6.1993, juntado aos autos da ADI n. 875, fls. 69-77.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer PGFN/CRJ/Nº 1091/2004, de 20.07.2004, da lavra do Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional - Substituto, Fabrício da Soller, em 20.7.2004, juntado aos autos da ADI n. 3.243, fls. 102-108.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PARECER/CONJUR/JRP/MP/Nº 1145-7.4/2004, de 20.7.2004, da lavra do Advogado da União, José de Souza Brandão Netto, aprovado pelo Consultor Jurídico do Ministério do Planejamento,

Orçamento e Gestão - MPOG, Luis Inácio Lucena Adams, em 21.7.2004, juntado aos autos da ADI n. 3.243, fls. 89-101.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer referente ao Processo nº 08000-008459/93-81, de 15.6.1993, da lavra do Coordenador de Contencioso Judicial, Jorge Gomes de Souza, aprovado pelo Consultor Jurídico Substituto do Ministério da Justiça – MJ, Rodrigo Ribeiro Sarmento, em 15.6.1993, juntado aos autos da ADI n. 875, fls. 62, 64-68.

CONGRESSO NACIONAL. Ofício Nº 453/93-GP, de 9.6.1993, da lavra do Senador Presidente do Congresso Nacional, Humberto Lucena, juntado aos autos da ADI n. 875, fls. 32-53.

CONGRESSO NACIONAL. Ofício Nº 171/99-PRES, de 24.5.1999, da lavra do Senador Presidente do Congresso Nacional, Antônio Carlos Magalhães, juntado aos autos da ADI n. 1.987, fls. 49.

MATO GROSSO e GOIÁS. Petição Inicial da ADI n. 1.987, apresentada perante o STF em 30.3.1999, fls. 2-43.

MATO GROSSO. Petição Inicial da ADI n. 3.243, apresentada perante o STF em 24.6.2004, fls. 2-31.

MATO GROSSO DO SUL. Petição Inicial da ADI n. 2.727, apresentada perante o STF em 18.9.2002, fls. 2-82.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer nº 14.648/GB, de 1º.3.2002, da lavra do Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, juntado aos autos da ADI n. 875, fls. 94-96.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer n. 14.649/GB, de 27.2.2002, da lavra do Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, juntado aos autos da ADI n. 1.987, fls. 59-62.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer n. 17.674/GB, de 5.12.2002, da lavra do Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fls. 147-151.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer n. 252/2005-VPGR-AF, de 28.3.2005, da lavra do Vice Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, aprovado pelo Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, juntado aos autos da ADI n. 3.243, fls. 125-128.

RIO GRANDE DO SUL, PARANÁ e SANTA CATARINA. Petição Inicial da ADI n. 875, apresentada perante o STF em 13.5.1993, fls. 2-25.

SENADO FEDERAL. Ementa: “Informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1.987, proposta pelo Estado de Mato Grosso e Estado de Goiás, em face do disposto no art. 161, II, da Constituição Federal”, da lavra da Advogada do Senado Federal, Andréia Pires Isaac Freire, em 19.05.1999, aprovado pela Advogada-Geral do Senado Federal, Josefina Valle de Oliveira Pinha, em 19.05.1999, juntado aos autos da ADI n. 1.987, fls. 50-54.

SENADO FEDERAL. Ementa: “Informação nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.727, ajuizada pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, contra o art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º da LC 62, de 28 de dezembro de 1989, e a Decisão Normativa nº 44, do Tribunal de Contas da União”, da lavra do Advogado, Sérgio Paulo Lopes Fernandes, em 10.10.2002, aprovado pelo Advogado-Geral do Senado Federal, Alberto Cascais, em 22.07.2002 [sic], juntado aos autos da ADI n. 2.727, fls. 139-143.

SENADO FEDERAL. Ementa: “Informações prestadas em cumprimento ao art. 12 da Lei nº 9.868/1999, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.243, tendo por objeto a Lei Complementar nº 62, de 28/12/1989”, da lavra do Advogado, Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira, em 20.07.2004, aprovado pelo Advogado-Geral Adjunto do Senado Federal, Shalom Einstoss Granado, em 20.07.2004, juntado aos autos da ADI n. 3.243, fls. 55-65.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI-QO n. 23.** Relator ministro Sydney Sanches, julgamento em 9.8.1989, DJ de 1º.9.1989.

_____. **ADI n. 124.** Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 18.6.2008, DJ de 4.9.2008.

_____. **ADI n. 183,** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 7.8.1997, DJ de 31.10.1997.

_____. **ADI n. 192.** Relator ministro Moreira Alves, julgada em 4.12.1992, DJ de 6.9.2001.

_____. **ADI-MC n. 216.** Relator ministro Célio Borja, Relator para acórdão ministro Celso de Mello, julgamento em 23.5.1990, DJ de 7.5.1993.

_____. **ADI-MC n. 276.** Relator ministro Celso de Mello, julgada em 30.5.1990, DJ de 17.8.1990.

_____. **ADI n. 276.** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 13.11.1997, DJ de 17.8.1990.

_____. **ADI-MC n. 750.** Relator ministro Octavio Gallotti, julgada em 29.6.1992, DJ de 11.9.1992.

_____. **ADI n. 845,** Relator ministro Eros Grau, julgada em 22.11.2009, DJ de 6.3.2008.

_____. **ADI n. 875.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.02.2010, DJ de 30.04.2010.

_____. **ADI-MC n. 1.980.** Relator ministro Sydney Sanches, julgada em 4.8.1999, DJ de 25.2.2000.

_____. **ADI n. 1.980.** Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 16.4.2009, DJ de 6.8.2009.

_____. **ADI n. 1.987.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.02.2010, DJ de 30.04.2010.

_____. **ADI n. 1.996.** Relator ministro Ilmar Galvão, julgamento em 16.6.1999, DJ de 28.2.2003.

_____. **ADI-MC n. 2.024.** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 27.10.1999, DJ de 1º.12.2000.

_____. **ADI n. 2.024.** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 3.5.2007, DJ de 22.6.2007.

_____. **ADI-MC n. 2.254.** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 8.2.2001, DJ de 26.9.2003.

_____. **ADI-MC n. 2.340.** Relator ministro Marco Aurélio, julgada em 21.3.2001, DJ de 29.8.2003.

_____. **ADI n. 2.495.** Relator ministro Ilmar Galvão, julgada em 2.5.2002, DJ de 2.8.2002.

_____. **ADI n. 2.447.** Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 4.3.2009, DJ de 3.12.2009.

_____. **ADI n. 2.690.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 7.6.2006, DJ de 20.10.2006.

_____. **ADI n. 2.727.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.02.2010, DJ de 30.04.2010.

_____. **ADI n. 2.832.** Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 7.5.2008, DJ de 19.6.2008.

_____. **ADI n. 2.847.** Relator ministro Carlos Velloso, julgada em 5.8.2004, DJ de 26.11.2004.

_____. **ADI n. 2.876.** Relatora ministro Cármen Lúcia, julgada em 21.10.2009, DJ de 19.11.2009.

_____. **ADI n. 2.995.** Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007.

_____. **ADI n. 2.996.** Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 10.8.2006, DJ de 29.9.2006.

_____. **ADI n. 3.147.** Relator ministro Carlos Britto, julgada em 10.8.2006, DJ de 22.9.2006.

_____. **ADI n. 3.148.** Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007.

_____. **ADI n. 3.183.** Relator ministro Joaquim Barbosa, julgada em 10.8.2006, DJ de 20.10.2006.

_____. **ADI n. 3.189.** Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007.

_____. **ADI n. 3.243.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgada em 24.02.2010, DJ de 30.04.2010.

_____. **ADI n. 3.293.** Relator ministro Celso de Mello, julgada em 13.12.2006, DJ de 28.9.2007.

_____. **ADI n. 3.322.** Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 2.8.2006, DJ de 19.12.2006.

_____. **ADI n. 3.367,** Relator ministro Cezar Peluso, julgada em 13.4.2005, DJ de 17.3.2006.

_____. **ADI n. 3.682.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgamento em 9.5.2007, DJ de 6.9.2007.

_____. **ADI n. 3.853.** Relatora ministro Cármen Lúcia, julgada em 12.9.2007, DJ de 26.10.2007.

_____. **ADI n. 3.895.** Relator ministro Menezes Direito, julgada em 4.6.2008, DJ de 28.8.2008.

_____. **ADI-MC n. 4.167.** Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17.12.2008, DJ de 30.4.2009.

_____. **ADI n. 4.167.** Relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 27.4.2011, DJ de 24.8.2011.

_____. **ADI-MC n. 4.597.** Relator ministro Marco Aurélio, julgada em 30.6.2011, DJ de 5.9.2011.

_____. **MI n. 81.** Relator ministro Celso de Mello, julgado em 20.4.1990, DJ de 25.5.1990.

_____. **MI-QO n. 107.** Relator ministro Moreira Alves, julgado em 23.11.1989, DJ de 21.9.1990.

_____. **MI n. 670.** Relator ministro Maurício Corrêa, Relator para o Acórdão ministro Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, DJ de 30.10.2008.

_____. **MI n. 708.** Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007, DJ de 30.10.2008.

_____. **MS n. 21.041.** Relator ministro Celso de Mello, julgado em 12.6.1991, DJ de 13.3.1992.

_____. **Rcl n. 370.** Relator ministro Octavio Gallotti, julgada em 9.4.1992, DJ de 29.6.2001.

_____. **Rcl n. 383.** Relator ministro Moreira Alves, julgada em 11.6.1992, DJ de 21.5.1993.

_____. **RE n. 572.762.** Relator ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 18.6.2008, DJ de 4.9.2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Aviso nº 1331-GP/TCU, de 09.10.2002, da lavra do Presidente do TCU, Humberto Guimarães Souto, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fl. 114.

_____. Parecer no TC – 015.648/2002-0, de 08.10.2002, da lavra do Consultor Jurídico do TCU, José Moacir Cardoso da Costa, juntado aos autos da ADI n. 2.727, fls. 115-124.

NORMATIVAS

BRASIL. Ato Complementar n. 40, de 30.12.1968. Acrescenta item ao artigo 13 e revoga o parágrafo 6 do artigo 22 da constituição de 24/01/67. Modifica redação do parágrafo 4 do artigo 13; item 2 e parágrafos 2 e 4 do artigo 24; artigo 26 e

seus itens 1 - 2 e 3 e parágrafos 1 - 2 e 3; parágrafo 2 do artigo 99; parágrafo 4 do artigo 136. *Diário Oficial da União*, DF, de 31.12.1968, [retificado em 10.1.1969](#).

BRASIL. Ato Institucional n. 1. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluía a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. Rio de Janeiro-GB, 9.4.1964.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, publicada no Suplemento do *Diário do Congresso Nacional I*, de 22.09.1989.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22.4.1824.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, em 24.2.1891.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 16.7.1934.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 10.11.1937.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 18.9.1946.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24.1.1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05.10.1988.

BRASIL. Decreto n. 19.398, de 11.11.1930. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 12.11.1930, Seção 1, Página 20.663.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.202, de 8.4.1939. Dispõe sobre a administração dos Estados e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 10.4.1939, Seção 1, Página 8.113.

BRASIL. Emenda Constitucional de 3.9.1926. Emendas à Constituição Federal de 1891. *Diário do Congresso Nacional de 4.9.1926*, Seção I, p. 2845.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20.10.1969, retificado em 21.10.1969, republicado em 30.10.1969.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 5, de 28.6.1975. Dá nova redação ao "caput" do art. 25 da Constituição. *Diário Oficial da União*, DF, 1º.7.1975.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 17, de 2.12.1980. Altera os artigos 23, 24 e 25 da Constituição Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, DF, 9.12.1980.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 18, de 1º.12.1965. Reforma o Sistema Tributário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6.12.1965.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 23, de 1º.12.1983. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, DF, 5.12.1983.

BRASIL. Lei Complementar n. 27, de 29.11.1985. Altera dispositivos da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, DF, 2.12.1985.

BRASIL. Lei Complementar n. 59, de 22.12.1988. Dá nova redação ao § 3º do art. 91 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23.12.1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 61, de 26.12.1989. Estabelece normas para a participação dos Estados e do Distrito Federal no produto da arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados IPI, relativamente às exportações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27.12.1989.

BRASIL. Lei Complementar n. 62, de 28.12.1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29.12.1989.

BRASIL. Lei Complementar n. 73, de 10.2.1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11.02.1993.

BRASIL. Lei Complementar n. 143, de 17.7.2013. Altera a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para dispor sobre os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); e revoga dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Diário Oficial da União*, DF, 18.7.2013.

BRASIL. Lei n. 16, de 12.8.1834 (Ato Adicional de 1834). Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro

de 1832. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1834, Página 15, Vol. 1 (Publicação Original). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em 30/10/2013.

BRASIL. Lei n. 105, de 12.5.1840 (Lei de Interpretação do Ato Adicional). Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1840, Página 5, Vol. 1, pt II (Publicação Original). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-105-12-maio-1840-532610-publicacaooriginal-14882-pl.html>. Acesso em 30/10/2013.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17.3.1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, DF, 23.3.1964, [retificado em 9.4.1964](#) e [em 3.6.1964](#).

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional). Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27.10.1966, retificado em 31.10.1966.

BRASIL. Lei n. 8.443, de 16.7.1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17.7.1992.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10.11.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11.11.1999.

BRASIL. Lei n. 11.494, de 20.6.2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21.6.2007, retificado em 22.6.2007.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 104, de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. *Diário do Congresso Nacional* de 17.6.1989, seção I, p. 4970-4971.

BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno do Senado Federal, Aprovado pela Resolução n. 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal Texto consolidado até a Emenda Regimental n. 48 e a Resolução n. 501/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão Normativa n. 44/2001. Aprova, para o exercício de 2002, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas a, b e c da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27.8.1981. Boletim do Tribunal de Contas da União, Ano XXXIV, n. 80, de 28.12.2001.